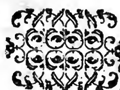

NAZIONALE
BIBLIOTECA
VITT. EMANUELE
14
11 M
23

HELFRICI-ULRICI HUNNII JC.

De

RERUM ÆSTIMATIONE

TRACTATUS.



GIESSÆ,

Typis & Impensis Casparis Chemlini.

M. DC. XVI.





ANTIQVA GENERIS NOBILITATE, MORVM ELEGANTIA ET SVAVITATE, OMNIS GENERIS VIRTUTE admodum conspicuo Iuveni,

Domino

WERNERO Hahn / EQVITI MEGAPOLITANO,

VIRI

GENEROSI, STRENVI AC SPLENDIDISSIMI, DOMINI

JOHANNIS Hahn IN Basedow ET Bristow HEREDITARII,

PARENTIS OPTIMI

OPTIMO FILIO,

PATERNÆ VIRTUTIS ÆMULO,

BONARVM ARTIVM ET IVRISPRVDENTIÆ STVDIOSO SOLERTISSIMO,

HOC

AMORIS ET AMICITIÆ MONUMENTUM

Posuit

Helfricus Ulricus Hunnius
J.U. Doctor & Professor.



Index Quæstionum.

DE ÆSTI-



De ÆSTIMATIONE RERUM Tractatus.

Sectio Prima,

In qua de æstimatione rei peremptæ, deterioratæ & amissæ officio iudicis facienda.

QVÆSTIO I.

Ad quem pertineat interitus aut deterioratio rei debitæ, sine culpa & mora debitoris, casu fortuito contingens?

QVOTIENS res ex causa legati, vel ex quocunq; contractu debita, sine debitoris culpa, aut mora, casu fortuito interiit, sic ut ipsa amplius præstari non possit, placet iuris nostri Authoribus, debitorem hoc ipso liberari, sicut nec æstimationem rei peremptæ aut deterioratæ præstare cogatur: Sic enim Alexander Imperator in l. 6. C. de pign. act. *Quæ fortuitis*, inquit, *casibus accidunt quæ prævideri non potuerint, nullo bonæ fidei iudicio præstantur: Et ideo creditor pignora, quæ huiusmodi casu interierint, præstare non compellitur.* Et Ulpianus *in l. 23. de R. Iur. Animalium casus, mortes quæq; sine culpa accidunt; fuga servorum, qui custodiri non solent, rapina, tumultus incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præstantur.* Itemque Paulus: *Si certos nummos, puta quæ in area sunt, stipulatus sim, & hi sine culpa promissoris perierint, nihil debetur.* l. 37. ff. de verb. oblig. Et in l. 83. §. pen. ff. eod. *Etsi deberetur*, ait, *morte promissor liberatur:* Idq; optimam æquissimamque rationem habere videtur, quod nemine im-

pe impossibile sit, id, quod interiit, præstari: Nemo autem ad impossibile teneatur, quamvis ex post facto id, quod ab initio possibile fuit, factum sit impossibile. *l. impossibilium de Reg. iur. l. 140. § Etsi. de V. obligat.* Æstimatio autem idcirco non debetur, quia non illa, sed res ipsa fuit in contractum deducta *l. 21. in verb.* rem debebam non æstimationem *ff. de hered. vel act. vendit.* Giphan. & Donellus *in l. 23. de Verb. obligat.* Idemque Donellus *16. Comm. 1. §. Interitu.* Schifordecker *in tractat. 18. ad Anton. Fab. lib. 2. q. 3.* Cæterum hoc fallit primò, si convenerit ut debitor casum fortuitum præstaret, tunc enim rei interitu non liberatur *l. 23. de R. Iur.* & *l. 6. C. de pign. act.* in verbis, *nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.* Et ratio huius est quod id, quod inter contrahentes specialiter convenit, imprimis custodiendum sit, quoniam pactum legem solet dare contractui *d. l. 23. de R. Iur.* Idem dicendum, si res æstimata in contractum fuerit deducta; Cum enim æstimatio sit venditio *l. 10. §. 5. & l. quoties ff. de iure dot.* idcirco is, qui rem æstimatam accipit, intelligitur eam à creditore emisse & non amplius rem ipsam, sed rei nomine precium ddbere *d. l. 10. & d. l. quotiens.* Cui consequens est, ut licet res interierit, tamen quia non id, quod debebat, sed aliud perierit, ad æstimationem nihilominus teneatur Donell. *in d. l. 6. n. 18. C. de pign. act.* Petrus Faber *in d. l. 23. de R. Iur.* ibidemque Philippus Matth. Jacobus Cuiacius, Jacob. Rævardus & Christoph. Sturtzius. *Praeterea* ad debitorem spectat rei interitus quando non species aliqua, sive res certa, sed genus, veluti homo, equus, &c. debetur; tametsi is homo aut equus, quem debitor solutioni destinarat, vel omnes etiam debitoris equi & homines perierint; idque est, quod dicitur genus perire non posse *l. 11. C. si. cert. petat.* ubi Impp. incendium, inquiunt ære alieno nõ exuit debitorem, *l. Mavius. §. duorum de legat. 2.* Donell. *in l. 23. de verb. obligat. & in l. 6. C. de pign. act.* Saporta *de mora n. 84. & sequent.* Marcus Lyclama *in tractat. de ineunda rei deb. æstimat. n. 10.* Cuius hæc ratio esse videtur quod debitor generis non hos, aut illos homines adeoque nec istos, qui perierunt, præcisè debuerit, sed hominem aut equum in genere. Idemque statuendum est quoties quantitas, vel res in pondere, numero & mensura consistens, velut vinum, oleum, frumentum, &c. ex contractu debetur *d. lege undecima, Codic. si cert. pet. leg. In ratione paragraph. tertio & quinto ff. ad L. Falcid.*

Quod tamen rursus sic accipiendum, si creditor in rebus istis

acci-

accipiendis à debitore, moram non commiserit: Alioquin si is in mora fuerit & res oblata & solutioni destinata perierit, nullâ debitoris interveniente mora vel culpa, debitorem liberari certum est: Sic enim hac de re Marcellus in leg. 72. ff. de solut. *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori & ille sine iusta causa ea accipere recusavit. deinde debitor ea sine culpa sua perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quanquam aliquando interpellatus non solverit, etenim non est aequum teneri pecuniâ amissa: quia non teneretur si creditor accipere voluisset.* Et sane iniquum foret moram creditoris debitori esse nocivam, cum mora sua cuique & non alteri nocere debeat, leg. trigesima septima in fine ff. mandati. Denique fallit superior regula, & quantitatis vel generis interitus liberat debitorem, quando sub limitatione ac certæ quantitatis demonstratione fuit in obligationem deducta: Ut nummi qui sunt in arca mea: frumentum, quod est in illo horreo: Vinum quod est in illa cella, *d. leg. in ratione paragrapho tertio ff. ad L. Falcidiam leg. quadragesima septima, paragraph. sed etsi petatur de legat. prim. lege quinta de Rebus credit. leg. si certos. de verbor. obligat.* Giphanius *ad leg. 23. de verbor. obligat. Bart. numero 4.* Zasius *numero undecimo.* Alciat. *numero nono.* & Philippus Matth. *ad leg. 5. de Rebus credit.* Fachin. *2. controvers. 71.* Saporta *in tract. de Mora numero 89.* Borcholt. *de verbor. obligat. capite septimo & octavo, numero octavo, & sequentibus.* Hoc enim casu promissæ quantitates induunt naturam specierum, ut sicut harum interitu debitor liberatur, ita etiam liberatur interitu quantitatum sub limitatione promissarum. Nec refragatur huic quod hoc casu genus sit potius in obligationem deductum, & species debeatur respectu quantitatis, vel generis. Resp. Nam id concedendum non est cum contrarium videatur dicendum, quod nempe in proposito species potius sit in obligatione, eiusque intuitu atque respectu genus aut quantitas debeatur. Similiter non refragatur *l. 37 ff mandati.* in qua, etsi homo sub certa limitatione ac demonstratione debitus in obligationem sit deductus, tamen si mortuus est, non liberatur debitor, sed utilis adhuc creditori adversus eum actio competit. Resp. Nam illîc Africanus non simpliciter de homine, sed de homine certo loquitur, cuius, quantumvis mortui, æstimationem debitor fideiussori præstare tenetur: Tum quia nemini officium suum damnosum esse debet: Tum etiam quia debitor etiam in mora fuit: Si enim servum designatum opportuno tem-

tempore ac loco solvisset, fideiussori eius solutio non incubuisset. Pari modo non reluctatur l. 8 ff. de de dote prælegata, in qua pecunia respectu certæ speciei, nempe respectu mancipiorum in dotem ductorum, erat legata, & tamen pecunia ista, etsi mancipia vivo viro mortua sint, nihilominus ab uxoris heredibus petuntur. Resp. Etenim hoc omne ex testatoris voluntate dependet qui hoc ipso quod mancipiorum interitum scivit, nec tamen legatum revocavit, etiam mortuis mancipiis, pecuniam legatam uxori eiusve heredibus solvi voluisse intelligitur: Siquidem legatum tantisper relictum debetur, dum vel expresse, vel tacite ademptum fuisse probetur §. *si rem suam de legat. l. 15. ff. de adim. legat.*

His igitur casibus exceptis stat firma superior regula, quod Debitor rei debitæ interitu, nulla eius interveniente culpa, aut mora, liberetur. Neq; regulam hanc subvertit quod is, qui nesciens se debere, occiderit servum, non liberetur, sed adhuc teneatur ad æstimationem, *l. 91. §. 2. ff. de V. oblig.* Et quod heres servum suum alteri legatum manumittens, aut alteri donans, vel etiam occidens, quamvis ignoraverit illum à testatore alteri legatum esse, tamen teneatur de æstimatione *§. 16. I. de legat. l. 112. §. 1. de legat. 1.* Cum tamen hic debitori, aut heredi nulla possit imputari culpa, & ignorantia facti alieni excusationem mereatur.

Resp. Etenim in casu *d. l. 91. §. 2. & d. §. 16.* ut & *d. l. 112. §. 1.* heres culpa non caret, qui prius, quam cognosceret de voluntate defuncti, vel oneribus hereditariis deque ære alieno servum vel animal occiderit, remve aliam corruperit vel manumiserit aut alienarit. Cum accedens ad alienam successionem cogitare debuerit, fieri posse ut sint legata & fideicommissa à testatore relicta, quibus ipse sit obligatus. Quod si putarit fieri non posse ut ulla alia esset voluntas defuncti, quàm ea, quæ nunc in testamento sese ostendit, hoc ipsum est culpa, cùm quod à diligente provideri potuit, non est provisum *l. si putator. ff. ad L. Aquil.* Quibus non contrariatur l. 65. §. pen. ff. de condict. indeb. Ubi dicitur, si servum, indebite solutum, manumiserit is, cui solutus est, siquidem sciens id fecerit, teneri illum; sin ignorans non teneri: Et ignorantia excusat quidem, sed ita ne noceat alteri, præterquam in delictis: Nam in contractibus non debet nostra ignorantia alteri nocere, quia factũ suum non alii nocere debet *l. 155. de R. Iur. l. 16. §. Tutor. ff. de pign. act.* Resp. Nam qui servum indebite solutum ignorans accepit & tanquam suum manumisit, non est in culpa quod ignorarit esse suum, ut: qui huius sui facti causam habuerit iustissimam adversarii facto & con-

confeſſione conſtitutam. Quin is potius in culpa eſt qui ſervum iam manumiſſum ſolvit: Et licèt dederit per ignorantiam adeoque dantis & accipientis ignorantia concurrat: In pari tamen ignorantia magis favendùm reo, id eſt accipienti & poſſidenti *l.91. in fin. de V. oblig.*

QVÆSTIO II.

Si res vendita poſt perfectam emptionem, ſed ante traditionem perierit caſu fortuito, abſq; ullius dolo vel culpa, ad utrum ſpectet caſus interitus, ad emptorem an vero ad venditorem, & utrum venditor liberetur?

CUm interitu rei, qui ſine dolo & culpa debitoris contigit debitor liberetur, prout præcedenti quæſtione dictum fuit: Conſequens eſt, ut ſi perfecta emptione venditione res vendita, ſine dolo & culpa venditoris perierit, ipſe venditor penitus liberetur, nec ad æſtimationem rei obligatus ſit, ſed omne damnum ſolus ſuſtineat emptor, ſic, ut ſolutum venditori precium repetere non poſſit, verum etiam non ſolutum quamprimum ſolvere cogatur. Et hoc claris atque perſpicuis verbis teſtatur Juſtinianus in §.3. *I. de empt. & vendit.* in hæc verba ſcribens: *Cum autem emptio venditio perfecta eſt quod effici diximus, ſimul atq; de precio convenerit, cum ſine ſcriptura res agitur, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori nondum tradita ſit: Itaq; ſi homo mortuus ſit vel aliqua ex parte corporis læſus, vel ades totæ, vel aliqua ex parte incendio conſumptæ fuerint: aut fūdus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior eſſe cœperit, emptoris damnum eſt, cui neceſſum eſt, licet rem non fuerit nactus, precium ſolvere: Quicquid enim ſine dolo è culpa venditoris accidit, in eo ſecurus eſt.*

Etſi verò Cuiacius *in tractat. 8. ad African. in explicat. l.33. ff. locat.* quem ſequitur *in §. 3. I. de empt.* Dionyſ. Gothofred. prædictum §. 3. pro noſtra ſententia valde perſpicuum, hac reſponſione eludere conentur, quod nempe in Inſtitutionibus Juſtinianus tradiderit regulas iuris: In Digeſtis vero æquitatem in foro receptam, eique ſubſcribere videatur D. Bocerus in *l. 23. cap. 4. n. 7. de Reg. iur.* ubi præſentem §. 3. de iure ſtricto: Cæteros vero textus Dig. in quibus periculum rei ad venditorem ſpectare dicitur, de æquitate interpretatur. Quo minus tamen reſponſio iſthæc recipi poſſit, non una ratio impedire videtur. 1. Nam primo veriſimile non eſt, ut Hotomannus ait. Juſtinianum Impp. in inſtitutionibus ſuis ſtudioſis iuris tradidiſſe præcepta, quæ poſtea grandiores facti dediſcere cogerentur. 2. Deinde cum ius noſtrum ſit ars æqui & boni *l. 1. Dig. de iuſtic. & iure* atque

in omnibus rebus, maxime vero in iure, æquitas spectari debeat *l. in omnibus 90. de R.iur. l.8. C.de indic.* adeoque per totum ius nostrum æquitas diffusa sit, planè non est credibile, Justinianum in Institutionibus quicquam tradere voluisse, quod æquitati manifestæ repugnaret. Accedit insuper quod eadem quæ in §.3. Justinianus dixerat, totidem ferè verbis commemorentur in *Dig.* ac *Cod.* Et quidem non uno, sed pluribus in locis: Sic enim in *l.5.§.2. ff. de rescind. vend.* dicitur mortuo homine perinde habendam esse venditionem, ac si traditus esset, utpote cùm venditor liberetur, & emptori homo pereat. Et in *l.7. ff. de peric. & Comm. rei vendit.* Paulus scribit: *Si post emptionem fundus perit, incommodum emptoris esse.* Idemque Paulus in l.8. eiusd. tit. *periculum rei venditæ ad emptorem respicere ait.* Et in l.11. eod. tit. Alfenus scribit, *si quid acciderit in re vendita post venditionem, illud ad venditorem non pertinere, si modò venditor eam diligentiam adhibuisset quam debent homines frugi & diligentes præstare.* In l.16. in fine d. tit. *periculum servi venditi ad emptorem pertinere, si modo dolus venditoris non intervenerit*, ait Javolenus. In l.5. ff. de iure dot. Ulpianus dicit, *mulierem (quæ dotis æstimatæ venditor est l. 10. eod. tit.) si per eam non stetisset, perinde precium auferre, ac si tradidisset, quia quod evenit, emptoris periculo sit.* Et quamvis Cuiacius, maritum emptorem in mora fuisse præsupponat; id tamen ex verbis huius legis non relucet, nec etiam præsumendum est, cum mora facta non præsumatur, sed probetur *l 32. ff. de mora.* In l.21. ff. de hered. vel act. vend. *Si quis hominem vendiderit, & iste cesserit, precium eiusdem deberi.* In l.14 pr. de furt. *periculum rei ad emptorem pertinere, dùmmodo custodiam venditor ante traditionem præstet* in l.39 ff. de solut. *mora periculo emptoris esse dicitur, ea ratione, quod perfecta emptio sit, quam solo consensu absq; traditione rei perfici Iustinianus ait.* d.§ I. de contrah. empt. In l.35.§.4. ff. de contrah. empt. dicitur: *Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum esse quid inter eos de custodia rei convenerit.* Si nihil appareat convenisse, talem custodiam desiderandam esse à venditore, qualem bonus paterfam. suis rebus adhibet, quam si præstiterit, & tamen rem perdiderit, securum esse. In l. 34.§. pen. eod. tit. Si emptio, ait Paulus, ita facta fuerit, *est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo, qui superest, dandus est: & ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit: Sed etsi pariter decesserit, precium debebitur. Vnus enim utiq; periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris fuerit peri-*

periculum, quem vellet habere; Nec est quod quis hic cum Cuiacio præsupponat, emptorem fuisse in mora, cùm Gaius nil quicquam in tota hac lege, vel minimo verbulo, indigitet. His denique adstipulantur Impp. Dioclet. & Maxim. in l. 5. C. de peric. & commod. rei vendit. Ubi aiunt: *Specie vendita per violentiam absumpta, periculum rei ad emptorem pertinere*. Et in l. seq. 6. Iidem Imperatores in hæc verba rescribunt: *Mortis casus ancillæ distractæ, etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinere; Et hac non ex præterito vitio rebus humanis exemptâ solutionem precii emptor non rectè recusat.* Et quamvis Cuiacius eumque secutus Dn. Bocerus ad hasce leges respondeant, periculum & interitum rei venditæ ad emptorem ita pertinere, ut id, quod interest, supra precium rei, non consequatur, non etiam, ut vel precium non repetat, quod solvit, vel quod non solvit, venditori solvere compellatur: Tamen responsio hæc satis abundeque refellitur exinde, quòd adeò clarè Justinianus scribit, interitum rei ita ad emptoris damnum pertinere, ut ei necesse sit, licet rem non fuerit nactus, precium solvere. *d. §. 3. I. de empt. vendition.* Et quod Diocletian. & Maximin. rescribunt: *Re vendita rebus humanis exempta, solutionem precii emptorem non rectè recusare.* l. fin. C. de peric. & Comm. rei vend. Et quod in l. 21. ff. de hered. vel act. vend. Paulus respondit. *Si quis hominem vendiderit, & is decesserit, precium eiusdem deberi.* Et quod idem Paulus in l. 34. §. pen. ff. de contrah. empt. scribit, *hominis venditi perempti precium deberi.* Et quod Pomponius tradit: *Si per mulierem dotis æstimata venditricem non steterit, re peremptâ in dotem datâ, perinde illam precium auferre, ac si tradidisset, quia quod evenit, emptoris sit periculo*: Ex l. 15. ff. de iure dot. perspicuum evadit, rem venditam, quæ periit, ita emptoris periculo dici, ut eius peremptæ precium solvere cogatur nec solutum repetere queat. Quibus textibus satis apertis, accedit insuper ratio iuris perspicua, hæc scilicet, quod re sine dolo, culpa & mora debitoris perempta aut amissa liberetur debitor nec casum fortuitum quisquam ullo in bonæ fidei iudicio præstet *l. 23. de R. Iur. l. 6, C. de pign. act.* Confirmat idipsum quoq; quod Julianus ait, mortuo homine vendito perindè habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset homo, qui periit *l. 5. §. 2. ff. de Resc. vendit.* Atqui dubium nullum est, si homo, qui iam mortuus est, antea traditus fuisset emptori, quin ad precii solutionem emptor venditori teneretur: Sequitur itaque hinc infallibiliter, empto-

emptorem etiam nunc, postquam periit homo, venditori ad precium solvendum teneri. Eodemq; pertinet etiam quod Alfenus scribit: Si quid acciderit in re vendita post venditionem, illud ad venditorem non pertinere, si modò venditor eam diligentiam adhibuisset, quam debent homines frugi & diligentes præstare *l. 11 ff. de peric. & comm. rei vend.* Jam vero ad venditorem utique pertineret damnum aut interitus, in re vendita, post venditionem celebratam contingens, si precium rei amitteret, re venditâ perempta. Sequitur itaq; interitu rei venditæ emptorem à precii solutione liberatum non esse. Postremo hîc facere videtur & illud, quod in *l. 35. §. 4. de contrah. empt.* Gaius respondit: Si venditor, diligenti custodia præstitâ, rem venditam nihilominus perdiderit, ipsum venditorem securum esse. At securus non esset venditor, si, re venditâ perditâ, precium eius amitteret. Concedendum itaq; non est quod periculum rei venditæ hactenus solùm emptoris sit, ut id quod sua interest, super rei precium, non consequatur, non vero ut vel precium non repetat quod solvit, vel quod non solvit venditori, solvere compellatur. Relinquitur igitur ex iuris nostri fundamentis perspicuis, verum esse quod ab initio posuimus: Venditorem, qui rei venditæ debitor est, interitu rei venditæ, cui neque dolus, neque culpa, neq; mora venditoris causam dedit, penitus liberari, idque cum aliis quibusvis debitoribus, qui ex contractu ad aliquid præstandum nobis sunt obligati, ipsum commune habere.

Non equidem ignoro Antonium Fabrum *lib. 2. Coniect. 4.* rationem huius plane specialem in eo constituere, quod perfectâ emptione in emptoris potestate sit precii solutione rei venditæ possessionem ac dominium quandocunque voluerit, nancisci. Ut imputandum ei sit, quod statim nactus non sit. Verum ratio hæc vix ac ne vix quidem sustineri poterit, non solum quod JCtus Paulus in *l. 12. & l. 14. ff. de peric. & Commod. rei vendit.* haut obscure significet, post perfectam emptionem non statim per emptorem stare, quominus res vendita ipsi tradatur; Sed etiam quod, venditione perfecta, periculum rei venditæ statim dicatur ad emptorem spectare *§. 3. I. de contr. empt.* Emptori autem non possit imputari culpa, quod non statim oblato precio, rem sibi tradi petierit. Quid enim si statim in parato pecuniam non habuerit. Verior itaque videtur ista ratio, quam supra assignavi & quam etiam Donello *13. Com. 2.* & Wesenbecio *in §. 3. I. de empt. vendit.* JCtis doctissimis, probari video, quod nempe venditor sit debitor: debitor autem casum fortuitum ex nullo contractu præstet, *l. 23. de R. Iur. l. 6. C. de pignor. act.*

Quæ

Quæ ratio in venditore eò magis & æquius obtinere videtur, quod rei venditæ commodum & emolumentum, quod ipsi post perfectam emptionem accedit, vel ex ea prognascitur, non ad venditiorem, sed ad solum emptorem spectet *t.3. I.de empt.vendit.* Et idcirco naturali æquitati consentaneum sit, interitum rei non venditorem præstare, sed solum emptorem sustinere *l.secundum de R.Iur.*

Solutio contrariorum.

Huic sententiæ longè certissimæ objicitur 1. Quod res unaquæque, quæ periit citra dolum & culpam alterius, pereat suo domino *l.9. C.de pign.act.* Res autem vendita, ante traditionem, non sit in emptoris, sed in venditoris dominio *l.76.de V.signif. l.Traditio ff. de acquir.dom.* §. *per traditionem I. de R. Divis.* Igitur non illi, sed huic perire debeat. Resp.verum hæc ratio sententiam nostram non evertit. Quod enim dicitur, domino rem suam perire, quæ sine dolo, culpa, aut mora alterius perit, id verum est, si dominus non simul etiam sit eiusdem rei debitor: Quoniam regula iuris est: Casum fortuitum rei debitæ à nullo debitore præstari. *l.23. de R. Iur.* Jam vero etsi in proposito venditor ante factam traditionem sit dominus rei venditæ; Tamen eiusdem etiam est debitor, nec hîc tam ut dominus, quam ut debitor, respectu emptoris, consideratur. Quare iuris regulæ est consequens, illum, tametsi dominus sit, casum tamen fortuitum non præstare.

2. Deinde opponi solet *l.14. de peric. & Comm.rei vend.* In cuius principio ICtus Paulus ait, *si lecti venditi in via publica positi ab ædili concisi neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum fore.* Ex quo contraria sententia perspicue astrui videtur, quod nempe, re vendita ante traditionem sine emptoris mora perempta damnum sustineat venditor & non emptor.

Respondent Antonius Faber & cum ipso pleriq; alii ac inter ipsos novissimè Dn. Harpr. ad §. *3. I. de Empt.vendit.* In citata *l.14.* lectos ab ædile concisos, adeoque peremptos fuisse, non fortuito casu, sed hominis facto & per venditoris incuriam ac stultitiam, lectos in viam publicam ponentis, uti ex collatione huius *l.14.* cum *l.præced. 12.* liquidò constat.

Cæterum Dn. Bocerus hanc solutionem reiicit, propterea quod ex intermedia *l. 13.* perspicuè relucescat, periculum ad venditorem spectare ante rei traditionem, licet iniuria, non iure ædilis lectos conciderit; adeoque culpa venditoris nulla intervenerit.

Veruntamen ratio hæc superiorem responsionem convellere non videtur. Ut enim ædilis iniuriâ lectos conciderit: Tamen &

venditoris culpa potest intervenisse, ut qui lectos venditos in viam publicam inque eum locum posuerit, quo non oportebat, atq; ita iniuriæ ædilis occasionem & ansam præbuerit.

3. Ad hæc adversus sententiam nostram movere solent *d. l. 14. §. 1. ff. de peric. & commod.* in qua Paulus respondit. Materiâ emptâ si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris periculo esse: Sin minus venditoris. Ex quo manifestè liquet, rei venditæ, ante traditionem peremptæ periculum ad venditorem spectare.

Resp. Sed respondetur in isto §. 1. non fuisse speciem aliquam certam, nec has aut illas trabes, sed genus hoc est ligna, aut trabes in genere venditas At quotiens genus debetur, non liberatur debitor interitu alicuius speciei, quam solvere constituerat, nec liberatur interitu omnium specierum eius generis, quotquot illarum habebat, idque est quod dicitur genus perire non posse *l. 30. §. verum ff. de L. Falcid. l. 5. ff. de periculo & commodo*, ut proxime pluribus est dictum.

4. Omnium gravissimè nobis obstare videtur *l. 33. ff. locat.* in qua JCtus Africanus scribit: *si vendideris mihi fundum, isq;, prinsquam vacuus traderetur publicatus fuerit, teneris ex empto. Quod hactenus verum erit ut preciũ restituas, nõ etiam ut id præstes si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi.*

Respondet Antonius Faber quem sequitur novissime Caspar Schifordecker *lib. 2. tract. 18. q. 3.* distinguendo, plurimum interesse an res omnino perempta sit, ita ut in rerum natura esse desierit, & ideo per naturam præstari non possit; An vero salvo corpore sit amissa, ut furto subrepta, vi ablata. Ut priori casu damnum spectet non ad venditorem sed ad emptorem: posteriori vero ad venditorem ita, ut emptor recte intendat sibi rem præstari, venditor vero liberetur, si actiones suas cedere sit paratus: Quas tamen si nullas habeat, ut accidat si res aliena sit, quæ furto subtracta est aut fundus publicatus est ad speciei restitutionem teneatur. Atque de hoc casu loqui aiunt l. 33. ff. locati. In qua fundus venditus, cuius periculum ad venditorem spectare ibidem dicitur, proponitur puplicatus, adeoque in rerum natura adhuc extare, sic ut per naturam præstare possit. Cur autem rei salvo copore amissæ damnum venditoris esse debeat sequentes rationes assignant. 1. Quod æquissimum sit precium restituere venditorem, si non prestet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest. 2. Quod cum fundus publicatus adhuc præstari possit, non solum si fuerit redditus, verum etiam si postliminiò recuperatus, & ideo suspendi debeat præstatio donec fieri possit. *l. fin. ff. de act. empt. iunct. l. 9. §. si sit ff. de V. obligat.*

obligat. Illa autem restitutio fundi publicati quia sit in incerto, non conveniat, ut emptor illam expectare cogatur, sed potius hoc ad venditorem pertineat, qui sibi imputare debeat, quod non gratiâ aut merito victoris munificentiam, in restituendo sibi fundo, provocare studuerit. 3. Quod idipsum quoque Papin. JCtus verbis disertis affirmare videatur in *l. 80. de furt.* In qua ita scribit: si vendidero, neque tradidero servum & is sine culpa mea surripiatur magis esse, ut mihi falsi competat actio, & non videtur interesse quin dominum apud me fuit vel quoniam ad præstandas actiones teneat. 4. Denique quod cum Justinianus in §. *Cum autem I. de empt. vendit.* exempla proposuisset rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta est, ita ut per rerum naturam talis, qualis vendita est, præstari non possit, subiiciat quod si homo venditus fugerit aut subreptus sit, non simpliciter liberetur venditor, sed actiones suas cedere emptori compellatur. Ex quo intelligatur quod quandiu res vendita in rerum natura extat, tandiu ad eius persecutionem emptori actio ex empto supersit.

Cæterum huic responsioni obstat primo quod Alfenus ICtus in *l. 11. ff. de peric. & commodo rei vend.* generaliter scribat: Si quid acciderit in re vendita post venditionem, illud ad venditorem non pertinere; si modo venditor eam diligentiam adhibuisset quam debent homines frugi & diligentes præstare. 2. Quod Iustinianus *in paragrapho tertio tituli de emption. venditionib.* definit generaliter; Quicquid sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditorem securum esse: Quodque post in specie de homine vendito qui fugerit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, ibidem scribit Imperator, si venditor in se custodiam non receperit securum esse. Iam vero si esset verum quod Anton. Faber scribit, re venditâ amissâ si adhuc in rerum natura sit, ad venditorem damnum spectare, sic ut illi emptor precium solvere non cogatur, aut si solverit teneatur emptori venditor id restituere, utique non esset venditor securus. 3. Quod in l. 91. §. 1. in fin. ff. de V. obligat. dicitur promissor re, salvo corpore amissâ, liberari, eò quod sine facto ipsius res desierit eius esse. Unde regula sumitur; Quod quotiens sine facto debitoris seu promissoris desierit res eius esse, liberatus sit. Id autem in nostro casu fieri præsupponitur. Ergo venditorem à rei præstatione liberari, dicendum est. 4. Quia generaliter quæ sine culpa debitoris accidunt, cum prævideri non potuerint à nullo præstentur

 l. 23 de

l. 23. de R. Iur. Quodque illa quæ fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerint, nullo bonæ fidei iudicio præstentur *l. 6. C. de pign. act.*

His non obstant fundamenta Fabri. Ad *primum* Respondetur, etsi res quæ salvo eius corpore amissa & deperdita est sua natura ad huc præstari possit, quia tamen alia obstant impedimenta, quominus iam possit venditor rem præstare eaque absque omni dolo & culpa venditoris, casu inopinato (quod nos præsuponimus) inciderint, nullam rationem aut æquitatem suadere impedimenta illa venditori potius quam emptori, nocere; cum maxime superioribus rationibus expeditum sit, quicquid sine culpa venditoris contigerit, in eo venditorem esse securũ §. *3. l. de contrah. empt. l. 35. §. 4. ff. de contrahend. empt.* Item casum fortuitum à nullo debitore præstari *l. 6. C. de pign. act. l. 23 de R. Iur.*

Ad *secundum* Resp. si fundus publicatus, fuerit vẽditori redditus, aut postliminiò recuperatus, dubitare non licet, quin tum emptori à venditore præstari debeat: Quia verò hoc incertum & plane dubium est, uti fatetur ipsemet Schifordeckerus, longe æquius & iuri magis consentaneum est, ut eventum hunc incertum emptor potius expectet, quam venditor, ob rationes proximè à nobis asignatas: Cum præsertim venditori nihil prorsus imputari posit, cur fundus sit publicatus: Quandoquidem publicatio ista absque culpa & mora eius accidit. Nec etiam imputari ipsi potest culpa, quod victoris munificentiam, in restituendo sibi fundo, non provocarit meritò aut gratiâ. Nam prætterquam quod hoc non cuiusvis, etiam penes ipsum solum venditorem minimé situm est, verum etiam apud Victorem, cuius animus non tam facile ad restitutionem rerum occupatarum à victis flecti potest.

Ad *Tertium* ex L. 80. in pr. ff. de furt. pet. Illud nihil amplius probare, quam quod actio furti venditori de re furto surrepta competat, cum eius intersit non rem surripi. Non idcirco quia rei surreptæ precium amittat venditor, sed quia ut in textu expresse dicitur, venditor emptori ad præstandas & cedendas actiones tenetur, id quod etiam Justinianus asserit in §. *3. l. de contrah. empt.* Ad *postremum* Respondeo in *d.* § *3.* hanc solum differentiam constitui inter rem venditam peremptam & amissam, quod ab illius præstatione sic liberetur venditor ut nullas actiones emptori cedere cogatur, siquidem hoc casu nullas habet venditor. Huius verò amissione à præstatione actionum non liberetur. Quod ad rem vero ipsam eiusque precium nulla penitus differentia inter rem peremptam & amissam constituitur; sed sicut ab interitu rei, ita.

ita etiam ab eius amissione dicitur securus esse venditor.

Quapropter missa Antonii Fabri solutione, respondent alii in *d.l.* 33. fundum fuisse publicatum hoc est in fiscum redactum, ob delictum à venditore commissum; adeoque in causa & culpa fuisse venditorem quod fundus ille amissus fuerit; Sed hi à Lopezio rectè refutantur ex eo, quod si amissioni & publicationi fundi causam dedisset, culpa & delictum venditoris non solum ad precii restitutionem, sed etiam ad id quod interest præstandum emptori teneretur.

Missis itaq; aliorũ solutionibus, existimarem quod in d.l.33. dicitur ad venditorem, etiamsi culpa aut dolus eius non intervenerit, tamen de fundo, casu fortuito, amisso teneri, speciale esse in fundo publicato; *Tum* quod de fundo publicato nominatim atque in specie Africanus in *l.illa 33.* loquatur: De aliis vero rebus contrarium dicatur aliis in textibus, uti ex prædictis liquidò constat; *Tum* etiam quod ratio plane specialis in fundo publico obtineat, quæ in cæteris rebus: Hæc scilicet quod fundo ab hoste capto & publicato consueverit possessori, sive antiquo fundi publicati domino aliquid à victore honoris gratiâ dari, ut probat *l.15.§.2 ff. de R. Vind.* Et ideo, cum venditor aliquid vicissim pro fundo acceperit, æquius erat, ut fundus venditori, quam emptori periret; quo circa Africanus non quidem quantum emptoris interest, fundum publicatum non fuisse emptori præstari, sed precium restitui voluit.

QVÆSTIO III.

Ad quem spectet interitus & damnum rei perempta, si res culpa debitoris aut post moram eius perierit?

RE casu fortuito perempta debitorem liberari, nec creditori ad rei peremptæ præstationem teneri in enucleatione quæstionis primæ copiosè fuit probatum & evincunt hoc ipsũ *l.23. de R. Iur. l.6. C. de pign. act.* & consimiles alii textus in quibus dicitur casum fortuitum à nemine præstari: Hoc verò tunc obtinet, cum neque culpa, neque mora debitoris intercessit: At quid dicendum si res debita, vel culpa debitoris, vel post moram eius interierit? Hoc casu debitorem non liberari, sed non minus ac si res adhuc extaret, obligatum manere innumeris prope iuris nostri locis asseritur: Sic enim Pomponius in *l. 5. ff. de R. Credit.* *Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat.* Et in *l.12. ff. depositi.* Idem Pomponius. *Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat post judicium acceptum, cum detrimento rei perierit; sic depositum quoque eo die, quo*

depositi actum sit, periculo eius, apud quem depositum fuerit, est, si iudicii accipiendi potuit id reddere reus, nec reddidit. Culpa enim facit ut res, quæ interiit, extare videatur *l. Nemo. §. fin. de verb. obligat.* idque est quod dicitur: Culpam & moram, quæ culpæ species est, perpetuare obligationem *l. 91. §. significatur. ff. de verb. obligat* hoc est, facere, ut obligatio, quæ primum fuerat, etiam, re debita peremptâ, maneat, quasi res adhuc extaret *l. si rem. §. fin. ff. de verb. obligat.* Quod ipsum æquitati maximè convenit: Si enim res sine mora fuisset restituta, potuisset creditor eam fortassis vendere & eius precium habere, quod ipsi facto aut mora alterius adimi periniquum foret: quandoquidem sua cuique mora & non alii nocere debet *l. 37. ff. mandat.* Cuiac. *ad l. 23. de V. obligat.* Donell. *d. loco. n. 30. & 31.*

QVÆSTIO IV.

Si res culpa debitoris, aut post eius moram perempta, eodem modo fuisset apud creditorem, si ei suo tempore fuisset præstita, peritura ad utrum spectet damnum ad debitorem, an vero ad creditorem?

VAriæ & propè infinitæ de hac quæstione extant interpretum opiniones, quarum saltem præcipuas referemus & quidnam de singulis statuendum sit indicabimus.

Prima opinio.

Primò Johannes Robertus *1. sentent. 23.* Bart. *in l. 5. n. 10. de R. Cred.* Menoch. præsumpt. *libr. 3. præs. 138. n. 2.* Saporta *in tractat. de Mora n. 100.* Zasius *ad d. l. n. 5. n. 28.* statuunt: Re post moram debitoris peremptâ, omne damnum ad debitorem indistinctè pertinere, sive eodem modo res penes creditorem peritura fuisset, sive non fuisset.

1. Quia in *l. 83. §. pen. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus moratorem furi comparat: Sic enim scribit: *Stichum qui decesserit, si stipuler, siquidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait; Si vero ex aliis causis, inutiliter, quia etsi deberetur, morte promissor liberetur: Idem ergo diceret, etsi morâ factâ defunctum stipularer*: E quibus verbis, ut dixi, relucet moratorem re debitâ peremptâ furi æquiparari: At furem indistincte teneri, licet res domino peritura fuisset, traditur in *l. 1. §. Rectissime ff. de vi & vi armata. & l. 46. pr. ad ff. de furt.* Quare re post moram peremptâ, damnum ad debitorem eundemque moratorem indistincte pertinet, sive eodem modo res fuisset apud creditorem peritura, sive non.

2. Insuper in actionibus personalibus non simpliciter rem petimus, sed personam obligatam obstrictumque persequimur. *pr. in verb.* necessitate obstringimur *l. de obligat.*

obligat. At persona obligata manet, etiamsi res fuerit perempta *l. 25 § si post divortium ff. solut. matrim.*

3 In actionibus personalibus, quæ sunt de re debita; debitor post moram sic est in culpa, ac si deliquisset; Unde odio eius, qui moram commisit, semper res ita accipitur, ac si non fuisset eodem modo penes actorem peritura.

4. Denique huc facere videntur illi textus, in quibus generaliter & indistincte dicitur, rei post moram peremptæ damnum & interitum ad moratorem spectare ut in *l. 12. §. fin. ff. depos. l. Cum res 47. §. fin. in verb.* quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit; potuit enim legatarius eum acceptum vendere, *ff. de legat. 1.* ubi notandum verba ista *potuit enim* non conditionem sed rationem prædictorum continere, sicut JCtus absolute & simpliciter concludat ad debitorem spectare post moram interitum, ex ea ratione quod creditor, qui legatarius est, rem legatam, & nunc peremptam, vendere potuisset. Idem probat *lex 5. ff. de Reb. credit.* in qua & ipsa indistinctè dicitur debitoris esse damnum: At ubi lex non distinguit, ibi nec nostrum est distinguere, &, si omninò iuris nostri Authores distinguendum putassent, procul dubio tot in locis, in quibus de præsenti quæstione ex professo tractarunt, tam necessariam & celebrem distinctionem, tanto silentio, non involvissent.

Refutatio huius primæ opinionis.

Verum hæc opinio & textu refutatur & ratione: Textu in *l. 14. ff. depos. in verb. quia æquum esset naturalem interitum ad actorem pertinere: Utiq; cum interitura esset ea res, etsi restituta fuisset actori*; quibus verbis, sane perquam perspicuis, indigitatur, damnum rei peremptæ actoris seu creditoris esse, si interitura apud ipsum fuisset, quamvis ei restituta esset. Eandem quoque distinctionem, utrum scilicet res eodem modo interitura fuisset actori, an vero non, ratio, ut dixi, aperta confirmat: quia æquitas non permittit creditorem plus exigere, quam habiturus fuisset si illi suo tempore res restituta fuisset: de qua paulò infra plura.

Nec argumenta superius adducta multum ad rem faciunt: Nam quod primo dicebatur, furem ac moratorem, quoad rem post moram peremptam comparari *in leg. prima, paragrapho trigesimo quarto ff. de vi & vi armata, & l. 46. pr. ff. de furt.* ad id respondeo; Comparationem istam furis & moratoris simplicis non esse absolutam, nec in omnibus procedere, sed eò tantum spectare, quod sicut fur de re perempta tenetur, sed eius interitu liberatur, ita quoque debitor morator consimiliter teneatur. Ulterius vero & ad casum istum, quo

res

res fuisset æque creditori peritura, comparatio extendi non debet. Cuiac. *in l. 23. de V. obligat. & in tr. 5. ad African. ad l. si servus legatus.* Borcholt. *in tr. de verb. obligat. c. 7. & 8. n. 76.*

Similiter non refragatur *secundum*, quia actione personali res debita directo & principaliter petitur, ut probat actionis definitio in *pr. I. de act.* ubi in genere Justinianus actionem definit quod sit ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. Et quamvis obligatione persona obstringatur, ut ex definitione eius relucet, obstringitur tamen ad rem aliquam dandam, ut eadem in definitione habetur. Quibus consequens est si res debita perierit post moram debitoris, obligationem non semper manere. Nec adversatur *d. l. 25. §. 2. ff. soluto matrimonio*: Quod enim ibi dicitur *omnimodo* detrimentum esse viri moratoris; id nonnulli volunt singulariter in favorem dotis receptum eò quod dotis causa semper & ubique sit præcipua, cum publicè intersit, dotes mulieribus esse salvas. *l. 1. ff. solut. matrim.* præterea verbum *omnimodo* non ubivis idem significat quod *indistinctè*, sed idem interdum quod *totum, integrum*, ut in *l. 11. de legat. 1. l. Si mihi pure de legat. 2.* Denique quamvis hoc in loco particula ista *omnimodo* idem significaret quod indistinctè; Non tamen omnem excluderet distinctionem, sed eam tantum, de qua ibidem agitur: hanc scilicet, sive dolus & culpa absit, sive non.

Ad tertium Resp. Moratoris simplicis esse quidem aliquod delictum in eo quod rem alienam sine causa retinet, nec creditori iusto tempore præstat aut restituit, & ideo moram ei meritò esse nocivam, *d. l. 37. ff. mandat.* At odium istud non durare ultra, quàm ipsa durat mora, odii illius causa: Jam vero postquam fato res periit, debitor amplius in mora non est *l. 24. ff. depos. l. 15. §. fin. l. de R. vindic.* Siquidē per eum non stat quominus rem creditori præstet, nec ulla ipsi culpa imputari potest, quod non facit id quod factu ipsi impossibile est.

Ad postremum respondeo textus istos, generaliter & indistinctè asserentes debitorem ad æstimationem rei, casu fortuito peremptæ, teneri, explicationem, limitationem & distinctionem recipere ex aliis textibus, in quibus apertè distinguitur, utrum res consimili fato creditori restituta, peritura fuisset, an vero non; ut illo casu debitor liberetur; hoc vero teneatur: ut in *l. 14. §. fin. depositi & l. 15. §. fin. ff. de R. vindicat.* qua de re circa postremam opinionem plura.

Secunda opinio.

Secundo Antonius Faber. *18. error. pragmat. 10. & 16. coniect. 19.* Illorum probat sententiam, qui debitorem speciei, post moram peremptæ, indistincte teneri volunt

sive

ſive res fato ſuo, ſive propter moram & culpam perierit hoc eſt ſive pari modò apud venditorem deritura fuiſſet, ſive non, unico iſto caſu excepto, quo tempore moræ contractæ res debita quam primum laborare cœperit, ſic ut reconvaleſcentiæ ſpes nulla ſuperfuerit; aut ſi tempore moræ ſana quidem & ſalva fuerit, ſed eadem die, qua mora contracta eſt aut ſubito morbo fuerit correpta, aut vitio laborare cœperit, aut etiam caſu extincta fuerit, ita ut intermedium tempus nullum plane interceſſerit, quo potuerit creditor, ſi mora facta non fuiſſet, eam diſtahere? Hoc enim caſu damnum rei, fato peremptæ, ad creditorem, & non ad debitorem ſpectare, æquum eſt; cum non per ſolam debitoris moram damnum pati creditor intelligatur, nec mora efficiat ut non potuerit lucrum & commodũ ex obligatione ſentire. Huius vero ſuæ opinionis fundamentum conſtituit Ant. Faber in eo, quod mora perpetuet obligationem & faciat ut res poſtquam perempta eſt, adhuc extare videatur *l. 23. & l. 91. ff. de V. obligat.* At ſi res, quæ fatali caſu periit, etiamnum extaret, reſtituenda utique eſſet creditori.

2. Addit quod longe plures loci extẽt in iure, quibus debitorem de ſpecie debita, poſt moram perempta, indiſtincte teneri dicitur, ut plane ſit veriſimile, prudentibus placuiſſe, ſive res poſt moram debitoris perempta eodem modo apud creditorem peritura fuiſſet, ſive non, debitorem tamen de æſtimatione rei teneri, ut textus ſunt *in l. 15. de R. Vindicat. l. cum ſervus 39. §. ipſius quoque rei l. cum res 47. §. ult. de legat. 2.*

3. Denique utuntur in adductis legibus JCti ratione plane generali quæ ad utrumque caſum, quo res conſimili modo apud creditorem peritura fuiſſet & quo non fuiſſet peritura, peræque accommodari poteſt, quod nempe creditor, ſi in re perempta morã paſſus non fuiſſet, rem utique illam vendere & precium lucrari potuiſſet. Quocirca ex his videtur omnino ſtatuendũ excepto unico iſto caſu prædicto, debitoris eſſe damnum ſi res debita poſt moram fuerit perempta.

Refutatio ſecunda huius opinionis.

Verum nec hæc ſententia ſubſiſtere poteſt cum, ut ad primam opinionem annotatum fuit, pluribus in locis accurratè diſtinguatur; utrum res pari modo fuiſſet apud creditorem peritura, necne, cuius diſtinctionis veſtigia in iure extare, ut in *l. 14. §. quatenus ff. quod met. cauſ. l. ſi alius 7. §. eſt alia ff. quod vi. aut clam l. fin. §. ſi ea conditione ff. ad L. Rhodiam de iact. l. 14. §. fin. ff. depoſiti.* ipſe Anton. Faber fateri cogitur.

2. Accedit & ratio æquitatis, quæ debitorẽ eo caſu, quo res conſimili

 fato

fato interitura fuisset, liberatum suadet: hæc nempe quod æquitas non patiatur plus exigere creditorem re casu peremptâ, quam ipse habiturus fuisset, si suo tempore res ei restituta fuisset.

3. Cui insuper & hæc ratio addenda quod creditor tunc demum per debitoris moram damnum passus intelligatur, quando per eam factum est quominus lucrum & commodum ex obligatione perciperet Atqui re post moram debitoris ita peremptâ, ut eodem planè modo apud creditorem fuisset peritura, nil quicquam lucri per moram debitoris creditori intervertitur, q. aliàs habiturus fuisset; ac consequenter non potest debitor à creditore eo casu conveniri.

4. Deniq; non eo solo casu quem Ant. Faber fingit, sed longè pluribus accidere potest ut, licet res post moram debitoris perempta, multo tempore, à mora contracta, salva & incolumis fuerit; Illa tamen creditori æq; petire potuerit, nec precium rei habiturus fuerit etsi suo tempore ei restituta esset: Quid n. si creditor sit pupillus? Hic certé etsi vellet, non tamen posset rem sine decreto alienare; Imo ne ex decreto quidem, si pupillus habeat unde se sustentet & creditoribus suis satis faciat *l. 1. ff. de R. cor.* Quid si tempora sint aut pestilentiæ, aut belli, quibus non facile reperiatur emptor? si interim perierit res apud debitorem fato, eodem certe modo apud creditôrem fuisset peritura, quamvis ei debito ac iusto tempore fuisset restituta, quia eam distrahere & precium habere creditor non potuisset. Quid denique si res ab herede ex die, aut cōditione per fideicommissū sit relicta quam ante diem & conditionem vindicare potest heres? Alienatio eius interdicta est *l. fin. §. sed quia. cum seq. C. com. de legat.* si itaq; interim res sua natura & fato sine culpa possessoris perierit, eodē modo apud ipsum heredem, qui eam alienare non potuisset, peritura fuisset, nec precium eius ipse habiturus esset, etiamsi suo tempore restituta fuisset: Ut proinde Anton. Faber perperam unicum constituat casum, quo creditor rem distrahere non potuerit, si nempe vel ante moram contractam, vel statim, tempore moræ contractæ, res laborare cœperit, ut creditor eam distrahere non potuisset.

Nec multum patrocinantur Fabro fundamenta adducta: *Ad Primum* respondeo Moram quidem perpetuare obligationem, sed hactenus solū, quatenus mora impedimento est quominus creditor rei nunc peremptę preciū sive æstimationē ex obligat. habere potuerit.

Ad secundum Resp. Leges illas, quibus de specie debita, post moram perempta, adhuc debitorem teneri dicitur ex aliis legibus distinguentibus explicandas esse, ut & paulò supra responsum fuit.

Ad

Ad Tertium Resp. rationem quę in adductis legibus allegatur, non generalem sed plane specialem esse, id quod infra manifestissime probabitur.

Tertia opinio.

Tertio Johannes Göld. in *l. 12. §. 1. de V. signif. & in tractat. de contrahend. & Committ. stipulat. c. 11. n. 79. &* Philipp. Matth. *ad L. 5. de reb Credit.* Distinguunt, ut malæ fidei possessor, ut & ille bonæ fidei possessor, qui iniuste ad iudicium provocavit, indistinctè, re debitâ peremptâ, obligati permaneant: Bonæ fidei autem possessor, qui iustâ ob causam ad iudiciũ provocat, ac domino vindicanti contradicit, tunc demum teneatur creditori ad ęstimationẽ rei peremptæ, quando eadem fati infelicitate res apud creditorem peritura non fuisset.

Probant autem hanc suam distinctionem & quidem primum eius membrũ exinde quod in *l. subtracto 9. C. de furt. & l. fin ff. de condict. furtiv.* expresse scribatur furẽ & raptorem (qui sine dubio malæ fidei possessores sunt) manere obligatos, etiamsi res eadem fati Calamitate domino fuisset peritura: Ex quo sequi videtur malæ fidei possessorem & detentorem indistincte de re perempta teneri. Cui rursus consequens est, eum quoq; indistincte post rem peremptã manere obligatum, qui cum ab initio bonæ fidei esset possessor, iniuste ad iudicium provocavit, quoniam lite contestatâ in omnibus malæ fidei possessori æquiparatur *l. si quis sol. pr ff. de us. l. 25. §. si post ff. sol. matrim.*

Eum autem bonæ fidei possessorem, qui ad iudicium iuste provocavit iustamque habuit, aut se habere putavit, contradicendi causam tunc liberari, cum eodem modo res apud Dominum fuisset peritura, probare conantur ex *l. qui sine dolo de R. Iur. l. sciendum l. si quis solutione ff. de usur. l. 14. §. fin. l. si in Asia ff. depositi l. 25. §. si post ff. solut. matrim.* Quibus addunt & hanc rationem quod etsi per litis contestationem in mala fide constituatur quivis bonæ fidei possessor quoad fructus & accessiones, & ita in quasi mora versari videatur *l. 10. C. de præscr. long. temp. l. 48. §. 1. ff. de acquir. dom.* revera tamen moram non committat, qui iustam habet contradicendi vel rei retinendæ causam: Siquidem qui se iure rem retinere posse putat, quod petitur, nisi convictus, dare non tenetur *l. qui sine de R. Iur l. sciendum ff. de usur. l. In ratione §. incerta ff. ad L. Falc. l. pecunia. §. usur. l. si quis solut. ff. de usur.* Ac proinde si res eodem modo apud creditorem fuisset peritura, non teneri debitorem; sin minus, ob quasi morã istã teneri

Refutatio huius tertiæ opinionis.

Sed & hæc opinio displicet. 1. Quia in *l. 15. de R. vindicat. l. 12. §. 4. ff. ad exhib. l. 14. §. fin. ff. deposit.* accurate distinguitur, utrum res

fuerit simili fato peritura apud actorem, an vero non: At iisdem in legibus expresse agitur de malæ fidei possessore; si quidem de moratore agunt, qui causam non habuit, cur rem suam crederet sibiq; defenderet.

2. Quia & ratio æquitatis manifesta suadet male fidei possessorem eo casu, quo res similiter domino fuisset peritura, non teneri: Siquidem æquum non est id petitorem exigere etiam à malæ fidei possessore, re sublata, quod is nec habiturus esset, si res ei restituta fuisset.

3. Quia in bonæ fidei possessore, ad iudicium iuste provocante, superior distinctio adhiberi non potest, quia, quotiens res sine mora & culpa debitoris casu fortuito perit, toties debitor liberatus est *l. 23. de R. Iur. l. 6. C. de pign. act.* At qui iustam litigandi causam habet, aut se habere putat, is moram non committit nec culpam *l. 40. de hered. petit. l. qui sine dolo de R. Iur. l. si quis sol. l. sciendum. ff. de usur.* Ergo bonæ fidei possessor non tenetur de re casu fortuito perempta.

4. Quia quod iure quis retinere potest, vel retinere se posse putat, nisi convictus, dare non tenetur, fatente ipse Göddeo per *l. 5. de Reb. credit. l. in ratione. §. incertæ ff. ad L. Falc.* At bonæ fidei possessor putat se iustam causam habere cur rem actori non restituat. Ergo non tenetur rem restituere, priusquam fuerit convictus & consequenter, si res petita, priusquam convincatur, perierit non tenebitur de æstimatione eius.

5. Insuper in *l. 40. de petit heredit.* diserte negatur bonæ fidei possessorem iustè ad iudicium provocantem, mortalitatem & casum præstare ex hac eleganti ratione, quod non debeat bonæ fidei possessor, propter metum periculi interitus indefensum ius suum relinquere.

Solutio contrariorum.

Huic sententiæ non obstat, Quod in *l. 9. C. de furt. & l fin ff. de Condict. furtiv.* fures & raptores dicantur etiam tum ad speciei peremptæ æstimationem obligati, quando eodem modo res creditori fuisset peritura Resp. Nam in furibus & raptoribus, qui non modò in mora, sed in delicto etiam sunt, hoc singulare ac speciale esse paulò infra prolixius demonstrabitur: sunt equidem & hi moratores, sed amplius quid quam moratores atque in iure nostro ubivis deteriori loco habentur, quam cæteri malæ fidei possessores.

Non adversatur secundò quod bonæ fidei possessor etiamsi iuste ad iudicium provocarit, tamen sit in quasi mora Resp. Nam quod in mora non sit constitutus qui nõ cedit adversario, sed iustã ob causã eidẽ contradicit & ad iudiciũ provocat, supra ex *l. 40. ff. de petit. hered.* maxime ex ratione ibidem à JCto allegata, ostensum fuit. Idemque amplius etiam confirmat *l. si quis*

& l.

& l. sciendum ff. de usur. ubi diserte negatur, eum in mora esse, qui iustam ob causam solutionem distulit aut ad iudicium iuste provocavit: Sic enim in *d. l. sciendum* Ulpianus: *Sciendum est, non omne, quod differendi causa optima ratione fit, mora annumerandum. Quid enim si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fideiussoribus rogandis? Vel exceptio aliqua allegetur? Morâ facta non videtur.* Et in d. l. si quis. 24. *Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus est non videtur fecisse moram, utiq; si iuste ad iudicium provocavit.*

Quarta opinio.

Quarto Francisc. Duarenus in *l. 23. de verb. obligat.* circa propositam quæstionem ita distinguit, ut siquidem certò constet rem eodem modo apud creditorem fuisse perituram, ut periit apud debitorem tunc debitor indistinctè liberetur, sive sit malæ fidei, sive bonæ fidei possessor: Contra si certò constet quod res non fuisset peritura apud creditorem, sive actorem si ei debito ac iusto tempore fuisset restituta, indistinctè debitor obligatus maneat, sive sit in bona, sive in mala fide. Sin verò incertum sit ac dubium an æque apud creditorē fuisset peritura, tum bonæ fidei possessor interitu rei debitæ liberetur; Malæ fidei vero possessor nō item.

Refutatio huius opinionis.

Sed hæc sententia non una de causa reprehensionem incurrit: primò enim supra fuit luculenter demonstratum malæ fidei possessorem eo casu, quo res fuerit eodem modo penes creditorem peritura, non amplius teneri sed interitu liberari.

2. Argumentis haut quaquam contemnendis evicimus in discussione præcedentis opinionis tertiæ, bonæ fidei possessorem, qui scilicet iuste ad iudicium provocavit nullo casu de re perempta teneri ex *l. 21. & 24. ff. de usur.* In eo sane Duareno assentior, quod in dubio, quando non constat rem apud creditorem perituram fuisse, et si confestim sine mora ei restituta fuisset teneatur malæ fidei possessor tandiu obligatus, donec ostendat eodem modo apud creditorem perituram rem fuisse: Tum ꝙ reus affirmet; affirmanti autem incumbat probatio. Tum etiam quod regulariter in facultate sit creditoris rem distrahere & casibus saltem quibusdam accidat ut rem vendere nequeat, quos casus extitisse debitor probare teneatur.

Quinta & vera opinio.

His itaque opinionibus remotis, sic cum Jacobo Cuiacio, Huberto Giphanio, Hugone Donello *in d. l. 23. de V. obligat.* eodemque Donello *in tractat de mora c. 7.* Borcholt. *in tractat. de V. obligat. c. 7. & 8. n. 73.* Arum. *de mora c. 9. n. 2.* Jul. Pacio *cent. 3. q. 63.* Harpr. *ad §. si res legata 16. I. de legat.* Circa proposi-

tam quæstionem distinguendum censemus: Aut peritura erat res apud actorem, etsi confestim restituta fuisset, & tunc liberatur debitor indistincte: Aut non erat peritura, ut quia actor ipsam distraxisset & precium exinde redegisset, & tunc non liberatur malæ fidei possessor, sive frustrator: Exceptis furibus, raptoribus & abactoribus, de quibus postea.

Confirmatur autem hæc sententia inprimis responso JCti Gaii in *l.24.§.fin.ff.deposit.* ubi sic demum vult debitorem liberari & rei interitum ad actorem spectare, cum res eadem fati calamitate apud actorem peritura fuisset.

Variè equidem ad hanc *l.14.* respondent dissentientes: Et primo quidem Accursius ad *l.5.ff.de Reb. credit.* respondet in *d.l.14.§ fin.* tractari de deposito; In deposito autem hoc speciale esse quod debitor liberetur re post moram peremptâ, quæ similiter fuerit creditori peritura:

Sed responsio hæc nullo nititur fundamento, nec ulla specialitatis, vel exceptionis adducitur ratio: Ut taceam quod & aliàs depositarius maiorem debeat in re deposita fidem quàm cæteri debitores *arg.l.1. pr.ff.depos.*

Secundo alii respondent in *d.l. 14. versic. utiq; cum &c.* non temperamentum ac limitationem antecedentium, sed causam & rationem contineri, quasi Gaius quod antea simpliciter dixerit, naturalem hominis demortui interitum, qui quidem sine debitoris culpa acciderit ad actorem pertinere, nunc in sequenti isto versic. utique isthac ratione confirmet, quod naturali interitu fiat ut eodem modo res interitura fuisset etiamsi restituta esset actori.

Verum & hanc responsionem reiicit Donellus idcirco quia eâ admissâ consequens foret, quod res natura sua interempta & interitura fuerit, etiam si actori confestim ac iusto tempore, nullaque interveniente culpa restituta fuisset: Quod quàm sit absurdum, patebit ex iis, quæ infra dicentur. Magis igitur est ut particula CUM in *d. versic. utiq;* non sit causalis, sed temporis, pro QUANDO posita: Non obstante eo quod particula ista *Cum* in *d.versic. utiq;* iuncta sit cum coniunctivo *Sit*, cui iungi soleat cum causam significat. Indicativo autem quando tempus denotat. Nam hoc non esse perpetuum, sed nonnunquam à veteribus *cum* pro *quando* construi cum subiunctivo, ut dicant *cum sit*, pro *cum est vel erit*: Idque satis liquet ex *l.proinde 8.in fine de Reb.credit.* & *ex §.1. versic. aliquando. I.de perpet. & temp.act.*

Tertio Johannes Robertus & Dominic. Arumæus respondent; in adducta lege *14. versiculum utiq;* coniungi oportere cum *pr. eiusd. legis*, id propter particulam *autem*; sic, ut ex principio isto præsuppo-

natur in *d. verſ. utiq,* rem indiviſam fuiſſe à defuncto depoſitam, quam reſtitui oporteret illis heredibus qui maiorem haberent hereditatis partem, de eo autem antequam conſtaret, cui deberet res depoſita reſtitui, ante rem judicatam interiiſſe rem depoſitam, atque ita abſolvi debere depoſitarium, non tantum, quia res eodem modo fuiſſet apud actorem peritura; Verum etiam quia depoſitarius iuſte dubitarit, cuinam ex heredibus contendentibus maiorem partem reſtitueret. Vel etiam ideo, quod in dubio hæc media ſententia, tanquam tutior, viſa fuerit eligenda, ut periculum ac damnum interitus nec ſemper ad debitorem, nec ſemper ad creditorem, ſed interdum ad hunc, interdum ad illum ſpectaret.

Veruntamen nec hæc reſponſio tolleranda videtur: Nam primo valde ei refragatur quod in *d. l. 14. §. fin.* JCtus præſupponit moram à depoſitario fuiſſe factam remque poſt moram depoſitarii periiſſe: Alioquin ſi ante moram contractam res fuiſſet perempta, absque diſtinctione depoſitarius liberaretur. Jam vero in caſu ab Arumæo & Roberto propoſito, depoſitarius moram non fecerat in re depoſita reſtituenda, quia iuſtiſſimam habuit cauſam, cur eam non è veſtigio reſtituerit, qualem ſi quis habet à mora penitus excuſatur *l. 20. l. 24. ff. de uſur. & mora.* Nec enim audiendum hic puto Robertum qui negat iuſtam cauſam detractandæ reſtitutionis ſimpliciter à mora depoſitarium excuſare, quia ut à rei reſtitutione excuſetur non poſſit aliter impetrare, quam re oblata & depoſita, *l. 1. §. ſi pecun. & §. ſeqq. depoſiti.* Reſp. Nam hoc ſecus ſeſe habere convincitur manifeſtiſſimè *d. l. 20. & d. l. 24. ff. de uſur.* Nec contrarium probat *d. l. 1. §. ſi pecun. cum §. ſeqq.* Nam loquitur ille de purgatione moræ, de qua ita iure conſtitutum eſt, ut ſi mora ſemel fuerit contracta, non prius ea purgetur, quam rei debitæ oblatione & depoſitione facta; idque vult *d. l. 1.* Ut vero quis à mora nondum contracta, ſed contrahenda excuſetur, aliis pluribus cauſis accidere poteſt *d. l. 20. & d. l. 24. ff. de uſur.* Donell. *in tractat. de mora cap. 5.* Inſuper non ſe fundat JCtus in eo, quod depoſitarius iuſte dubitarit, an reſtituere deberet; ſed in hoc ſolo, quod res fuiſſet eodem modo apud actorem, ſeu deponentem peritura. Denique nullum eſt verbum in toto illo §. *1. d. l. 14.* unde colligere liceret hunc caſum; Nec ulla etiam neceſſitas urget ex *præcedente princip.* huiuſmodi caſum præſupponere, cum rarum non ſit, ut in una eademque lege diverſi proponantur caſus; Et aliàs etiam ex cohærentia & connexione cum ipſarum legum, tum

tum singularum legum paragraphorum non ducatur firmum aliquod argumentum.

Quartò Anton. Faber *18. error. pragmatic.10.* Respondet *in d. l.14. §. 1. depos.* aut saltem referri sententiam Sabini & Cassii, nec ab Imperatore Justiniano eandem probari, aut quod verisimilius sit, locum istũ à Triboniano esse corruptum.

Resp. Cæterum præterquam quod ea responsio violenta est atq; in meris conjecturis consistit, non facile dicendum est aliquid in libris nostris referri, quod non probetur; Cum Justinianus omnia, quæ in ius nostrum relata sunt, sive prudentum responsa, sive Imperatorum rescripta, sua fecerit atque sua ex persona valere & Authoritatem capere iusserit. Et quanquam Tribonianus textus iuris interdum interpolarit atque ad sua tempora veterum scripta & responsa accommodarit, quia tamen hoc ei à Justiniano iniunctum & mandatum fuit, ideo non minus publicam authoritatem obtinebunt.

2. Confirmatur præterea sententia nostra æquissimâ iuxta & verissima ratione, quod nempe creditor nec possit, nec debeat amplius quid à debitore exigere, quam habiturus fuisset, si res ei restituta esset Donellus *d.c.7. de mora.*

3. Accedit quod creditor, re post moram debitoris peremptâ, id solùm petere & à debitore exigere possit quod ipsi per moram debitoris damni est datum, aut ei interversum fuit. Atqui re post moram debitoris ita perempta, ut eodem modo apud creditorem quoque peritura fuisset, nihil lucri per moram debitoris creditori interversum est quod aliàs habiturus fuisset, nec quicquam ei damni datum est. Quare hoc casu nihil exigere poterit à debitore.

4. Postremo non parum roboris addit sententiæ nostræ quod Ulpianus in *l. Cum res 47. §. fin. ff. de legat. 1.* tradit, æstimationem fundi nõ deberi, si fundus chasmate mora perierit, si non post morã factam id evenerit: quia potuerit fundum acceptum vendere legatarius: quib. postremis verbis satis innuit, fundo legato, post moram extincto, ita demum æstimationem fundi deberi, si legatarius potuerit fundum vendere. Ex contrario itaque non debebitur æstimatio fundi, quamvis fundus post moram ab herede factam perierit, si legatarius fundum vendere non potuit.

Solutio contrariorum.

Huic sententiæ omnium verissimæ non obstat. 1. Quod si dolo aut facto debitoris res debita interierit, aut si hominem debitum occiderit, tunc debitor indistincte teneatur *l. 91. de Verb. obligat. §. si res legata. I. de legat.* Resp. Hîc enim distinguendum est inter rem casu fortuito post moram peremptam & inter rem facto ipsius debitoris interemptam seu interversam; Et sane

ſſane mora à facto ſeu occiſione plurimũ differt: Mora eſt dilatio & fruſtratio ſolutionis: At vero occiſio rei debitæ nihil tale: Mora purgari & emẽdari poteſt: Occiſio ſervi vel animalis non item; Ut proinde à facto debitoris rem debitam perimentis & intervertentis, ad moram eiusdem, tanquam à diverſis & ſeparatis, male fiat illatio. Nec puto etiam quenquam eſſe, quia non animadvertat circa quæſtionem propoſitam diverſum in utroque conſtituendum: Siquidem cum facto debitoris res periit, ut ſi ſervum vel animal debitum occidit, utroque caſu, ſive res domino peritura fuerit, ſive non, culpa debitori imputari poteſt quod res debita periit: At ſi non facto debitoris ſed caſu fortuito, quem præcavere & prævidere debitor non potuit res debita interiit, non poteſt quicquam imputari debitori, niſi res, confeſtim creditori reſtituta, non fuiſſet creditori peritura.

Non refragatur etiam *l. filiafam. 25. §. ſi poſt. divort. ff. ſolut. matrim.* Ubi verbum *omnimodo* ſignificare videtur, quod re, caſu fortuito peremptâ, indiſtinctè teneatur debitor Reſp. Nam ut & ſupra ad hanc *l. 25.* reſponſum memini; ſi hæc eſt illius verbi ſignificatio, tum ſingulari dotis favore contra iuris communis regulas id conſtitutum videtur 2. Deinde hoc verbum *omnimodo* non ſemper idem quod *indiſtinctè*, ſed interdum quoque idem quod *totum*, *integrum* &c. denotat, ut in *l. 11. de legat. 1. l. ſi mihi pure de legat. 2.* Denique etſi particula iſta *omnimodo* idem hoc loco denotaret quod indiſtinctè: Non tamen hîc articulus iſte excluderet omnem omnino diſtinctionem, ſed eam ſolum, de qua ibi agitur, ſive ſcilicet dolus, ſive culpa abſit.

Non adverſatur præterea quod is, qui metu aut vi aliquid extorſit vel occupavit, aut furto abſtulit, non liberetur, ſi res ita ablata perierit, etſi apud dominum, vel eum cui ablata eſt, itidem peritura fuiſſet *l. 46. pr. de furt. l. 14. §. quatenus ff. quod met. cauſ. T. 1. §. rectiſſime 34. l. pen. ff. de Vi & Vi armata l. 8. l. fin. ff. de Condict. furtiva.* Reſp. Ad hoc enim recte Cuiacius, In furibus, ait, abactoribus, prædonibus & iis, qui metum intulerunt, hoc ſpeciale eſſe, ut re perempta non abſolvantur; ſed indiſtincte teneantur, eo quod plus ſint, quam moratores *d. l. pen. ff. de Vi & vi arm.* ut qui non tantum ſint in mora, ſed etiam in dolo & maleficio. Unde etiam, licet alii debitores re ante moram interemptâ liberentur indiſtincte, ſive eâ apud creditorem interitura fuiſſet, ſive non: Odio tamen eorum qui metu aliquid extorſit, aut furto abſtulit ſic comparatum eſt, ut non liberetur re etiam ante moram peremptâ, ſi metu non illato peritura res non fuiſſet.

fuisset. *l. 14. § 11. ff. quod met. causa.* His exceptis verum est, quod hactenus contendimus, non indistincte, sed eo solum casu debitorem, de re peremptâ obligatum manere, si res fuisset æque apud creditorem peritura.

Duo tamen hîc probe observanda sunt, 1. Illud, quod huc usque de re perempta dictum est, etiam ad rem, post moram deteriorem factam, pertinere: Nam deterioratio pars quædam est interitus: Cùm quantò res deterior facta est, tantum de re, quæ prius erat integra, decessisse intelligatur. Proinde ut interitu rei debitæ, qui sine culpa, dolo & mora debitoris accidit, debitor in totum liberatur: Ita & rei deterioratione eatenus liberatur, quatenus à re ista decessit, ut postea rem, qualis est, hoc est deteriorem præstando liberetur. *arg. l. quæ de toto ff. de R. Iur. l. 23. eod. tit. l. quæ fortuitis C. de pign. act.* Sin debitor in re debita præstanda moram fecerit & post moram res deterior facta fuerit, non liberatur debitor *l. 3. ff. de condict. tritic.* Nec videtur res restituta, quæ deterior reddita est *leg. 3. Commod. l. 8. ff. de condict. furt.* Nisi etiam confestim & absque mora reddita fuisset, deterior futura.

Secundo notandum etiam, quod idem, quod de re post moram perempta dictum est, etiam in re, culpa debitoris perempta obtineat, Quoties enim de periculo agitur eadem est culpæ & moræ ratio, *l. 91. ff. de verbor. obligat.* Quare sicut post moram re perempta distinguendum est, utrum eodem modo fuerit apud creditorem peritura; an vero non; ita quoque re, culpa debitoris perempta, distingui oportet Cuiac. *in tractat. de African. 5. in l. 108. §. si servus 11. ff. de legat. 1.* Hoc tamen tum demum locum habet, cum agitur ex eo contractu, qui culpam recipit, seu in quo culpa præstanda est. Quod si contractus dolum tantùm recipiat, ut depositum, debitor casum fortuitum non præstat, etiamsi eius culpâ acciderit, sed indistincte liberatus est, Donellus *16. Comm. 6. §. finali.* Sane si res dolo debitoris periit, indistincte tenebitur: Tum quod nemini dolus ac maleficium suum prodesse debeat; Tum etiam quia, qui rem dolo malo possidere desiit, pro possessore habetur, *leg. qui petitorio ff. de R. vindicat.*

QUÆSTIO V.

Quando res casu perempta æque creditori peritura fuerit?

DE hac quoque quæstione quando res perempta æque creditori peritura sit dicenda? Contrariæ extant atque diversæ Interpp. opiniones. Nam Jacobus Cuiacius *in d. l. 23. de verb. obligat.* Jul. Pacius *in cent. 3. quæst. 63.* Johan-

han. Borcholt. *in tractat de verb. obligat. cap. 8.* tunc aiunt rem peremptam apud creditorem perituram dici, si & corpore penes eum peritura fuerit, & ita peritura, ut nec acceptum fuerit distracturus, etsi eam distrahere potuerit. Moventur hi *l. 15. ff. de Rei vindicat.* in qua Ulpianus in hæc verba scribit: *Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo & culpa possessoris; precium non esse præstandum pleriq; aiunt. Sed est verius si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari: Nam si ei restituisset, distraxisset & precium esset lucratus.*

Sed contra Hugo Donellus in *d. l. 23. de verb. obligat. & in tractat. de mora cap. 7.* Giphan. *in ead. l. 23.* Gödd. *de contrah. & committ. stipulat. cap. 11. conclus. 4.* Tunc demum aiunt rem apud actorem eodem modo perituram fuisse, cum is potuerit rem distrahere, etiamsi fortassis distracturus non fuisset. Quæ sententia & mihi videtur esse verissima. Et confirmatur dilucidissimo textu *leg. 47. paragraph. fin. ff. de legat. 1.* In qua idem Ulpianus ita scribit: *Item si fundus Chasmate perierit; Labeo ait utique æstimationem non deberi, quod ita verum est, si non post moram actam id evenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.* Ecce hîc non attenditur an venditurus fuerit fundum legatarius; sed an potuerit vendere? Quod ipsum quoque per omnia rationi juris convenit: Quoniam non spectari debet quid non habeat creditor, sed quid haberet, si vellet.

Solutio contrariorum.

Non obstat *d. lex. 15. de R. vindicat.* Nam ibi verbum *distraxisset* sic accipiendum, quod distraxisset si voluisset, sic enim Ulpianum ex Ulpiano in *d. leg. 47. paragraph. fin. de legat. 1.* interpretandum, ut precium extincta re debeatur; si petitor eam distracturus fuerit, hoc est, si distrahere potuerit, vel distracturus fuerit, si modò etiam voluerit: Et sane si hæc non esset Ulpiani mens & sententia, non ita quasi explorata ratione subiiceret, illum fuisse distracturum, quod sanè non simpliciter accidit, sed potius ut plurimum contra fit.

Neque etiam adversatur, quod ex hoc principio sequeretur nunquam rem eodem modo apud creditorem perituram, ac consequenter periculum, sive interitum semper ad debitorem spectare, cùm creditor semper possit rem distrahere. Responsio: Nam multis modis fieri potest, ut etiamsi ante moram res debita creditori fuisset restituta, tamen eam non potuerit distrahere, ut in præced. quæstione ad secundam Anton. Fabri opinionem annotavi.

Denique non refragatur quod, stante nostra sententiâ, creditor semper dicturus sit se vendituru fuisse rem debitam nunc peremptam, aut se eam vendere potuisse: Resp. Id enim facile per iudicem æstimabitur, consideratâ & temporis & personę & rei qualitate.

QVÆSTIO VI.

Si res, salvo corpore, fuerit amissa, sicut ipsa amplius præstari nequeat, an liberetur debitor?

ET hæc quidem ita, si res post moram debitoris interierit, vel deterior facta fuerit: Quid autem si salvo corpore amissa sit, sicut amplius ipsa præstari nequeat? Hugo Donellus *lib. 16. comm. c. 6.* distinguit inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, ut in illis, sicut etiam in legatis & fidei commissis, idem obtineat, quod modò de re perempta dictum est: In his vero teneatur debitor indistinctè, etiamsi res sine mora & culpa eius fuerit amissa; Hoc autem sequentibus argumentis confirmari putat.

1. Quia debitor re peremptâ & extincta casu fortuito, præstatio eius debitori planè est impossibilis: At rei, salvo & integro corpore amissæ, præstatio non est impossibilis, nec ullum naturale impedimentum obstat, quo minus res præstari queat: Ut proinde plurimum intersit, an res plane sit casu fortuito perempta, an vero sit, integro corpore, amissa.

2. Accedit quod obligatio non recidat in eum casum, à quo incipere non potest, quando res amissa est salvo eius corpore, cum & res aliena ab initio promitti possit.

3. Quin etiam sententiam hanc confirmat expressus textus *in l. 137. §. 4. de V. obligat.* In qua ita Venuleius: *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? Sed hæc recedunt ab impedimento naturali & respiciunt ad facultatem dandi Est autem facultas personæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur.* E quibus luculenter patescere videtur, difficultatem præstationis non liberare debitorem; Et ideo licèt præstatio rei salvo corpore amissæ, difficilis sit, non tamen difficultate ista debitorem vel ab ipsius rei vel æstimationis præstatione liberari.

Cæterum verior est contraria opinio quod scilicet, re debita sine culpa & mora debitoris amissâ, liberetur debitor, perinde ut de re debita, sine culpa & mora debitoris perempta, dictum est supra, eamque sententiam defendit Hubertus Giphanius in *l. 23. de verb. obligat.*

1. Quia

1. Quia in *l. 91 §. de verb. obligat.* Paulus de re debita, quæ non fuit ipsius debitoris, perempta expresse asserit, quod si quidem in rebus humanis sit, sed dari non possit, ut fundus religiosus, vel sacer factus, vel manumissus vel etiam ab hostibus captus, non teneatur debitor, quia nihil fecerit, adeoque nulla culpa ei imputari possit, præterquã si moratus fuerit.

2. Quia idem suadet regula iuris, quod casus fortuitus à nemine præstetur *l. 23. ff. de R. iur.* in qua, quod probe observandum, de contractibus non solum bonæ fidei, sed etiam stricti iuris agitur. Eademque regula repetitur & inculcatur in *l. 6. C. de pign. act.* ibi Alexander Imperator: *Quæ fortuitis inquit casibus accidunt, cum prævideri non potuerint, nullo bonæ fidei iudicio præstantur.*

Respondet quidem Donellus, prædictam regulam de contractibus solùm bonæ fidei esse accipiendam; id quod etiam nominatim sit additum *in d. l. 6. C. de pign. act.* ubi cum regula ista *d. l. 23.* expresse ad iudicia bonæ fidei restringatur, non potest illa ut generalis ad quosvis, etiam stricti iuris contractus, accommodari. Resp. Verum hæc responsio vim argumenti nostri minimè enervat. 1. Quia regula ista *casus fortuitos à nemine præstari in d. l. 23.* ad quosvis contractus refertur. 2. Quia ratio illius regulæ, quod nempe casus huiusmodi à nemine prævideri & præcaveri possit, æque in strictis atque in bonæ fidei iudiciis obtinet. 3. Quia expressis textibus supra ostensum est, in stricti quoque iuris contractibus re casu fortuito, absq; mora debitoris, amissâ liberari debitorem.

Nec obstat quod *d. l. 6. C. de pign. act.* sit nominatim atq; in specie de bonæ fidei contractibus concepta. Nam ipse Donellus sibi contrarius in *d. l. 6. n. 20.* respondet, idcirco ibi expressam bonæ fidei iudiciorum mentionem fieri, quia sint quidam contractus in quibus, cum solius debitoris utilitas versetur, æquum prope videatur, ad ipsum casus fortuiti damnum potius, quàm ad creditorem spectare: Idcirco ut intelligeretur nec illos contractus excipi à regula *d. l. 6.* addita esse illa verba *in nullo bonæ fidei.* Siquidem contractus illi, in quibus solius debitoris commodum vertitur, pleriq; sunt bonæ fidei. Cui adde & hanc rationem, quod nempe *d. l. 6.* sit rescripta & accommodata ad consultationem Trophinæ, quæ cum de bonæ fidei iudicio fuerit concepta, ideo ad illam sese accommodans Imperator Alexander, de bonæ fidei etiam iudicio respondit idem procul dubio responsurus de strictis iudiciis, si aut de illis in specie, aut de contractibus in genere consultus & quæsitus fuisset. Argumentum proinde à contrario sensu, & ad inclusionem unius, ad exclu-

exclusionem alterius ex *d. l. 6.* deductum, non procedit.

3. Quia cum in stricti iuris iudiciis sæpe culpa non præstetur, quæ in bonæ fidei iudicio prestanda venit, multo minus casus fortuitus in strictis iudiciis præstari debeat, qui in bonæ fidei iudiciis non præstatur.

Solutio contrariorum.

His minime refragantur argumenta Donelli. Quod enim *ad primum* Resp. Fieri posse ut præstatio rei debitæ amissæ æque sit debitori impossibilis atque rei debitæ peremptæ; ut si ab hoste fuerit occupata, si servus aut animal aufugerit, quo casu, si debitoris absit culpa aut mora, eum liberari æquissimum est; Cum impossibilium nulla sit obligatio *l. Impossibilium de R. Iur.* Quod si verò non impossibilis, sed difficilis sit rei amissæ præstatio, ad difficultatem istam non obligari debitorem, itidem æquum videtur, cum talis difficultas rei præstandæ sine ulla ipsius debitoris culpa acciderit: Quæ a. sine culpa & mora debitoris, casu fortuito accidunt ab illo non præstantur *d. l. 23. de R. I. l. 91. §. 1. de V. obligat.*

Ad secundum Resp. Rem alienam quidem promitti posse, verum ita demum si constet cuius sit & ubi sit: At hoc de re casu amissa non semper constare potest: Præterea etsi res casu amissa non reciderit fortassis in eum casum à quo incipere non potest; alia tamen ratio, quam paulò ante indigitavimus, facit ut nihilominus debitor à rei præstatione liberetur.

Ad Tertium Resp. In casu *d. l. 137. §. 4.* difficultatem præstationis debitorem non liberare, quia ibidem agitur non de illis rebus, quæ fuerunt initio obligationis in potestate debitoris, postea vero casu sunt amissæ; sed de iis, quæ nec initio obligationis contractæ in potestate debitoris fuerunt: Tales si quis promittat, meritò ob difficultatem præstandi non liberatur, quoniam sibi imputare debet quod res eiusmodi promiserit. Idem respondendum etiam ad *l. final. ff. de act. empt.*

QVÆSTIO

Si res nostra, ab alio possessa, post moram possessoris fuerit perempta, utrum adhuc possessor teneatur & cōveniri possit actione in rem?

DE re debita, casu perempta, post moram debitoris, quando & quatenus debitor teneatur vel liberetur hactenus dictum plus satis: Videamus nunc de re nostra ab alio possessa, casu post moram possessoris peremptâ, vel amissa, quid iuris sit; utrum liberetur; an vero adhuc teneatur possessor? De quo & ipso diversæ sunt Interpretum opiniones: Sunt enim qui statuant, idem plane & hîc; quod in re debita casu fortuito interempta, vel amissa, observandum diximus, ut si

ut si res eodem fato fuerit peritura apud petitorem, sive dominum, tum possessor absolvatur; Sin vero non fuisset æque peritura apud petitorem, tum demum Rei vindicatione ad æstimationem agi possit. Ita Jacobus Cuiacius in *l. 23. de V. obligat. & in tractat. ad African. 5. in l. 8. & 108. §. 11. de legat. 1. & in l. 40. de petit. hered. lib. 20. ad Edict. Pauli.* Giphanius *in d. l. 23.* Menochius *l. 3. præsumpt. 138. n. 2.* Iohann. Robert. Aurelianens. *lib. 1. sentent. 23.* Fr. Hottomannus *in §. sic itaq; discretis l. de Act.* Andr. Fachin. *2. controvers. 71.* Udalricus Zasius *in l. 5. n. 26. de Reb. credit.* Quorum fundamenta hæc sunt.

1. In *l. 15. §. fin. ff. de R. Vindicat.* Ita Vlpianus *Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo & culpa possessoris precium non esse præstandum plerique aiunt, sed est verius si forte distracturus fuerit creditor si accepisset moram passo, debere præstari: Nam si ei restituisset, distraxisset.*

2. In l. 40. de hereditat. petit. *Illud quoq; quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim si post litem contestatam mancipia, aut iumenta aut pecora deperierint, damnari debebit secundum verba rationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat: In bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.*

In l. 12. §. 4. ff. ad exhib. *si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo & culpa possessoris: Tamen interdum damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur homo exhiberetur; tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non accidisset, si tũ exhibitus fuisset.*

Cæterum quod distinctio hæc, utrum eodem modo res fuisset actori peritura, an vero non, in re nostra ab alio possessa & casu fortuito post moram extraiudicialem, perempta recipi non possit, exinde liqueat quod in actionibus in rem possessor absolvi debeat si res sine dolo, quantumvis post moram eius, perierit: Sic enim in *l. 16. §. 3. ff. de pignor.* Marcianus; *In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat, nec dolo fecerit quominus possideat, absolvi debet.* Et Gaius in l. qui petitorio ff. de Rei vindicat. *Qui petitorio iudicio experitur, ne frustra experiatur, requirere debet an is, cum quo instituat actionem possessor sit, an dolo malo desierit possidere.*

Acce-

Accedit his textibus & ratio iuris manifesta, quod actio in rem non detur, nisi adversus possessorem, aut eum, qui pro possessore habetur *d. l. qui petitorio 36. ff. de R. vind. §. 1. I. de act.* Is verò, apud quem res post moram periit, nec possessor sit, ne iure & loco possessoris habeatur. Cui & hæc addi potest ratio, quod actiones personales idcirco dentur post moram, quia hæ ex obligatione nascantur, quam mora perpetuat, sic ut res, quæ interiit, adhuc extare videatur. *l. 23. l. 91. de V. obligat.* Actiones vero in rem ex nulla proficiscantur obligatione, *§. 1. I. de act.*

Nec refragantur *l. 15. §. fin. ff. de R. vindicat. l. 40. ff. de petit. hered.* & *l. 12. §. 4. ff. ad exhib.* pro superiori opinione adductæ: Siquidem istæ non tractant de re post moram extra iudicialem perempta; sed de re post litem contestatam seu moram iudicialem interempta; Id quod ex *d. l. 40.* & *l. 12. §. 4.* satis perspicue relucet; Idemque ex *d. l. 15.* haut difficulter colligitur; ea quippe nominatim & expresse loquitur de servo, vel alio animali PETITO; petita autem res propriè dicitur, quæ in iudicio petita est. *l. 22. de Reb. credit. l. 4. ff. de condict. trit.* Aliam porro esse rationem moræ extraiudicialis & iudicialis, quoad propositam quæstionem, mox ostendemus.

Secundo itaque alii distinguunt, ut malæ fidei possessor, sicut & is, qui bona fide possidet, sed iniuste domino vindicanti contradicit, post moram indistinctè teneantur, sive eodem modo res petitori restituta peritura fuisset, sive non: Bonæ fidei autem possessor, qui putat se iustam habere contradicendi causam, ita demum post moram teneatur, si res consimili fato creditori non fuisset peritura: Non verò teneatur, si fuerit apud ipsum æquè peritura. Ita Gödd. *in l. 12. §. 1. de V. Sign.* Anton. Matthæi *in l. 5. de Reb. credit.* Saporta *de Mora c. 3. n. 103.* Hieronymus Treutl. *p. 1. disput. 20. thesi 14.*

Verum hanc opinionem supra abunde refutavimus.

Tertio Hugo Donellus distinguit inter moram extraiudicialem & iudicialem; quæ per litis contestationem contrahitur, sic, ut si res post moram extraiudicialem perierit, sine facto & dolo possessoris; Aut vero amissa fuerit, possessor liberetur indistinctè, sive bona fide possederit, sive mala, quantumvis culpa ipsius intervenerit *d. l. qui petitorio 36. ff. de R. vindicat. l. 16. §. 3. ff. de pignor.* Sin vero post litem contestatam, seu moram iudicialem, quæ litis contestatione contrahitur, malæ fidei possessor quique ab initio bonâ fide possedit, pòst verò improbe ad iudicium provocavit, non liberentur, nisi res consimiliter fuerit apud dominum peritura: Bonæ fidei autem possessor iustam ob causam litigans liberetur indistinctè. Quæ opinio & mihi verissima

rissima videtur: Nam primo quod, re post moram extraiudicialem peremptâ, possessor, doli & fraudis expers, indistinctè liberetur, probant expresse textus supra adducti in *l. qui petitorio 36 ff. de R. Vindic.* & *l. 16. §. 3 ff. de pignoribus.* Tum etiam rationibus paulò supra propositis satis dilucidè confirmatur. Nec refragatur huic quod in *d. l. qui petitorio de R. Vindic.* Gaius scribit: *Qui in rem convenitur etiam culpa nomine condemnatur; Culpa autem reus est, possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit & qui servum à se petitum in barena esse concessit & is mortuus sit; sed & qui fugitivum à se petitum non custodit. etc:* Unde colligitur quod si res culpâ aut post moram, quæ culpæ species est, possessoris interierit, adhuc teneatur possessor & rei vindicatione conveniri queat, nec rei possessæ interitu liberetur. Hoc, inquam, non refragatur: siquidem legem istam *36. de* culpa, post litem contestatam commissâ, exaudiendam, evincit verbum *petitum* quod ibidem aliquoties repetitur & interpellationem iudicialem, quæ litis contestatione fit, denotat, uti probat *l. 22. ff. de R. Vindicat.* & *l. 4 ff. de Condict. tritic.* Cur autem post litem contestatam, adeoque moram iudicialem, quæ litis contestatione contrahitur, re sublata & perempta, non liberetur possessor, nisi res eodem fato petitori quoque peritura fuisset, ratio hæc est quod litis contestatione obligatio contrahetur *l. 5. §. idem scribit. ff de pecul.* quæ obligatio morâ perpetuatur postquam res petita interiit, ut etiamnum extare videatur *l. 91. & 23. de V. obligat.* eoque casu locum sibi vindicat regula ista etiam in realibus actionibus *culpa & mora debitoris perpetuant obligationem.* Hoc a. de malę fidei solum possessore admittendum, si res fuisset eodem modo petitori peritura, quia æquum non est plus petere & exigere petitorem, quam habiturus fuisset, si absque mora confestim ei res restituta fuisset, qua de re supra, cum de re debita post moram casu perempta ageretur, pluribus dictum fuit. Cæterum bonæ fidei possessorem, qui aut iustam habet litigandi & adversario contradicendi causam, aut se habere putat, liberari casu fortuito, æquissimum est, quia nullã penitus morã committit *l. 20. & l. 24. ff. de usur. & mora.*

QVÆSTIO

Ad quodnam tempus reducenda sit æstimatio rei, post moram purè debita, perempta?

PORRÒ cum re post moram aut culpa debitoris vel possessoris peremptâ, amissa aut deteriorata ad æstimationem faciendam pervenitur, quæstio suboritur, ex quonam tempore facienda sit æstimatio? Quæ quæstio sane ardua & intricatissima est, in qua enodanda omnis prope ætatis viri docti su-

cti sudarunt ac laborarunt plurimum; usque adeo, ut Jacobus Cuiacius, nostri seculi JCtus acutissimus ac disertissimus, in hæc tandem verba erumpat: *Nullum hodie esse vel iudicem, vel patronum vel ICtum, qui non hæreat maneatque suspensus quotiens hac de re tractatio incidat.* in tractat ad Africanum in l. hominem 37. ff. mandati.

Quapropter quæ sint de hac controversia præcipuorum ac celebriorum Interpretum sententiæ, tum quænam cæteris anteferenda sit, ostendere operæ precium videtur.

Opinio I.

Et primò, si res pure sit debita, distinguit Hugo Donellus *in com. ad L. Vinum 22. de Reb. credit. l. 59. & 60. de V. obligat. & ad l. 3. ff. de Condict. tritic.* Eumq; secuti Vaud. *lib. 1. var. quæst. 41.* Bronchorst. *cent. 2. assert. 19.* Forcat. *de Mora p. 2. c. 12.* Alciat. *n. 13.* & Loriottus *n. 42. ad d. l. Vinum. 22.* inter res certas seu species & inter res incertas, in genere, seu quantitate consistentes, ut in harum quidem æstimatione præcise spectetur tempus litis contestatæ; In illis vero æstimandis illud tempus, quo res unquam fuerit plurimi post moram: Confirmant hanc suam opinionem, & quidem primo, quod rei certæ, seu speciei æstimatio reducatur ad illud tempus, quo res unquam fuerit à tempore moræ plurimi ex *l. 8. ff. de condict. furtiva* in qua JCtus Ulpianus *si ex causa*, inquit, *furtiva res condicatur, cuius temporis æstimatio fiat, quæritur: placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rē dando non liberetur semper enim moram fur facere videtur.* proinde rei furtivæ æstimatio ad illud tēpus refertur quo post moram res perempta unquam fuerit plurimi: Res autem furtiva est species & res certa, cum genus furto auferri non possit, sed quicquid contrectatur & aufertur, id rem certam & certū corpus esse necesse est. Speciei quocirca æstimatio ad id tempus reducitur, quo res unquam fuerit post moram plurimi.

2. Idem colligere promptum est ex *l. 29. in verb.* sed si pluris factæ non restituuntur, quæ amotæ sunt, crescit æstimatio, ut in condictione furtiva *ff. Rerum amotar.* At res incertæ & genus non possunt amoveri, sed, quæ amoventur, certæ sunt: Quare speciorum ac rerum certarum æstimatio ex eo tempore facienda est, quo res, post moram, unquam fuerit plurimi.

3. In *l. 3. ff. de condict. tritic.* videtur quidem primis verbis quæstio referri ad omnes res debitas, etiam quæ generaliter debētur, ut vinum oleum frumentum: Sic enim verba sunt, *in hac actione si quæratur,* per actionem autem triticariam generaliter res omnes peti possunt, si quæ sunt præter pecuniam, sive

pondere

pondere, sive mensura constent, ut traditur in *l. 1. eod. tit.* Sed ex illa infinitate rerum, quæ eâ actione peti possunt aperte sequentibus verbis revocatur res ad certam speciem petitam, cum in definitione ęstimationis, quę subiicitur, adiicitur hæc conditio si res petita perierit, aut si facta sit deterior: Horum enim utrumque solum de re certa dici potest; in eam quæ generaliter debeatur eoque incerta sit non cadit *l. In ratione §. Incerta ff. de Leg. falcid.*

4. Accedit insuper ad huius confirmationẽ & hæc ratio, quod mora perpetuam faciat obligationem, quo autem tempore post moram res certa fuit plurimi, eo etiam tempore debebatur & uti fuit, ita debebatur. Quod res talis debebatur facit ut necesse tum fuerit aut talem præstari, aut pro re, quæ non præstaretur, saltem eius æstimationem. Quod debitor in mora tunc erat, facit, ut quod tum semel cœpit deberi, id quandocunque res peti aut iudicari cœperit, præstari debeat creditori, quia, ut dixi, eius rei obligationem perpetuam fecerit.

Quod porro rei incertæ sive generis æstimatio præcise ad tempus litis contestatæ referenda & reducenda sit, inde probant, quod in *l. 22. ff. de Reb. credit.* aperte Julianus scribat: In vini (quod est res incerta, in genere & quantitate consistens) æstimatione post moram ineunda spectari tempus litis contestatæ. Verba JCti hæc sunt: *Vinum quod mutuũ datum est, per iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si non, quanti tunc, cum petitum esset.*

2. Accedit his quoque *l. 4. ff. de condict. tritic.* in qua ita Gaius: *Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur.* Ex hisce duabus legibus ita infert Donellus: Quicunque duo superiora tempora in mercis æstimatione spectanda dicit, tempus, inquam, in conventione expressum & quo res petita, seu lis contestata est, is cætera tempora omnia excludere intelligitur negatque spectandam esse æstimationem, quæ fuerit aut cum res contracta est, aut cum mora facta est, aut cum res iudicatur, aut ullo intermedio tempore. Nam si quod ex his spectamus, non spectamus diem constitutum, aut tempus litis contestatæ. Hæc autem spectanda esse superiores leges volunt: Cæteræ igitur spectare non possumus.

3. Suffragari videtur quoque *l. 3. §. 3. ff. de act. empt.* ubi in contractu emptionis venditionis, qui bonæ fidei est, æstimatio rei petitæ ad aliud tempus non refertur quam quo vel venit, hoc est solutioni destinato, vel quo lis in condemnationem deducta est.

4. Addunt his quoque hanc rationem, quod cum nullus dies, quo merces seu res, in quantitate consistens, veluti vinum, oleum, frumentum, &c. præstetur, conventione fuerit expressus, nullius certi temporis vinum debeatur, & consequenter nec æstimatio certi temporis, præterquam temporis litis contestatæ, cum tale unumquodque præstari debeat, quale est, cum petitur *l. 2. ff. de Usur & fructibus*, quo efficitur, qualis æstimatio eo tempore fuerit, talem quoque esse præstandam.

5. Idem plane haut parum confirmare videtur & hæc ratio, quod quotiens veteres definierunt tempus moræ, aut condemnationis spectandum esse semper definitionem cōceperint de re certa debita, quæ post moram periisset aut deterior facta fuisset. Cum autem in re aliqua dixerunt diem constitutum esse spectandum, aut tempus litis contestatæ, constanter ubique quæstionem posuerint de vino, oleo aut frumento *l. 22. de Reb. credit. l. 3. & ult. ff. de Condict. tritic. l. quoties in diem ff. de Verb. oblig.at.* Hoc autem temere ab illis tam constanter factum fuisse, putandum non est.

6. Postremo diversam esse rationem specierum & mercium, rerum certarum & incertarum hinc quoque relucere videtur, quod cum species sive res certa post moram perierit, mora continuet obligationem faciatq;, ut extare etiamnum videatur, cui sit consequens ut si post moram res pluris fuerit, cum talis debeatur, æstimatio quoque eius temporis præstanda sit. At si non species, sed genus, vel, quod idem est, res in quantitate consistens, veluti vinum, oleū, &c. debeatur, quia nullius certi temporis tunc vinum debetur nisi quod conventio, aut litis contestatio certum effecerit, ideo etiam nulla obligatio huius vel illius temporis subest quam mora perpetuet. Et consequenter circa propositam quæstionem necessariò distinguendum inter res in specie, & res in genere, seu quantitate consistentes.

Refutatio huius Opinionis.

Cæterum hæc opinio, quamvis prima fronte alicui admodum probabilis videri posset, displicet tamen Viris doctis & refellitur ex professo à Johanne Gödd. *in tractat. de contrah. & commit. stipulat. c. 11. concl. 5.* Johanne Borcholdo *in tractat. de Reb. credit. cap. 7. num. 104.* & Marco Lycla-

Lyclama *in tractat. de ineunda rei debita æstimatione n. 69. ad d.l. Vinum 22. de R. credit.* Nec immeritò. Etsi enim Donello & eius asseclis, quoad speciem debitam post moram peremptam aut amissam, libenter assentiar, quod nempe æstimatio eius ex eo tempore sit facienda, quo res unquam fuerit plurimi; Quoad rem tamen incertam, seu mercem, quod scilicet æstimatio eius ad tempus litis contestatæ præcise referenda sit illis assentiri nequeo.

Primo enim refutatur hæc sententia aperto textu *l. final. ff. de condict. tritic.* Ibi enim, cùm JCtus de æstimatione mercis, veluti vini, olei, frumenti, &c. disseruisset; subiicit in fine legis, *Idem de CÆTERIS rebus iuris esse.*

Et quanquam nonnulli hæc verba *idem in cæteris rebus iuris est*, secundum præcedentia, intelligant de rebus in suo genere functionem recipientibus & in quantitate consistentibus: Id tamen duplici de causa admitti non potest:

1. Quia in principio legis non proposuerat JCtus de quibusdam saltem rebus fungibilibus; sed in genere de merce; si merx aliqua, inquiens, quæ certo die dari debebat petita sit. Ideo non opus est aliqua ampliatione & extensione qua id, quod de certis quibusdam rebus fungilibus dictum est; veluti de vineo, oleo, frumento, ad cæteras res eiusdem generis extendatur, cum quod de genere affirmatur, idem quoque de singulis speciebus, eo genere contentis, intelligi debeat. 2. Quia verba ista *Quod de cæteris rebus iuris est*, generalia sunt; igitur generaliter intelligenda, donec restrictio talis liquidò fuerit demonstrata. 3. Quia vocabulum *Merces* est interdum generale & quasvis res mercandi, negociandi & nundinandi causa comparatas significat.

2. Subvertit quoque superiorem Interpp. distinctionem *l. 35. §. 5. in verb.* in his quæ pondere numero mensurave constant modò ea servantur quæ in cæteris. Item: idem iuris est quod in cæteris rebus *ff. de contrah. empt.*

3. Quin etiam gravissimè eidem adversatur sententiæ *l. In re furtiva de condict. furtiva*, in qua diserte Ulpianus rei peremptæ post moram æstimationem ad tempus istud reduci iubet quo res unquam à tempore moræ fuerit plurimi. Quam legem concedit Donellus generalem esse atque ad quamvis rem post moram peremptam, aut amissam spectare, nec præcise ad rem furtivam restringendam. Quare iuxta eam, ut quæ non distinguat inter speciem & rem fungibilem, generaliter dicendum videtur, sive merx fuerit, quæ petiit, sive species, semper illius temporis, quo unquam res fuerit plurimi atque in optimo statu, æstimationem præstandam esse. Et quanquam ipse

 Donel-

Donellus idcirco eam legem ad species ac res certas coarctari velit, quia fit de re furtiva; res autem in quantitate consistentes furto auferri nequeant: Id tamen minimè concedendum est: Siquidem plus satis constat res etiam in quantitate consistentes, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam & alias consimiles furto auferri & contrectari posse; Idque non solum quotidiana confirmat experientia, sed apertè probat *l. 19. §. signati 3. l. 21. pr. §. 1. l. 43. pr. l 52. §. 13. & §. 21. ff. de furt.* In quibus tales res, quæ in quantitate consistunt, furto ablatæ proponuntur.

4. Præterea prædictam distinctionem evertit quoque *lex. 3 ff. de Condict. triticar.* quæ de re petita in genere loquitur nec per subiecta exempla restringitur, ut paulò pòst uberius dicetur.

5. Eodemq; facit quoq; ratio manifestissima quod scilicet mora sua cuique moratori nocere, non sane eidem prodesse debeat *l. 173. §. 2. & l. 155. de R. Iur.* Atqui, stante superiori distinctione, sequeretur moram prodesse moratori, & creditori nocere, si scilicet merce debita æstimatio præcise ad tempus litis contestatæ reducitur, nec ad illud tempus refertur, quo res fuerit plurimi; Siquidem si moram non commisisset, sed rem suo tempore restituisset æstimationem fortassis illam quanti plurimi res fuerit habiturus fuisset creditor, & ut non fuisset eam habiturus, tamen non spectandum, quid habiturus fuisset, sed potius quid habere potuisset, si per debitorem non stetisset.

Ad primum autem fundamentum Donelli ex L. Vinum 22. petitum, respondeo committi fallaciam causæ: Nam cur illîc æstimatio referatur vini ad tempus litis contestatæ non hæc est ratio quia ibi non de rei certæ seu speciei, sed de rei incertæ ac generis æstimatione tractetur: Verum hæc potius qa in casu illius *l. 22.* nec ante litem contestatam mora erat contracta, (Tametsi enim non facile fieri possit ut, morâ non præcedente, perveniatur ad iudicem *l. 3. pr. ff de usur.* sed id tamen aliquando evenire probat § *appellamus l. de Act.*) nec per litis contestationem arg. l. 21. 22. 23. & 24. ff. de usur l. 40. *ff. de hared. petit.* Quod a. hoc ita sit, probat. *l. 37. ff. mand.* in qua JCtus Africanus docet, quando æstimatio præcisè ad litis contestationem reducatur; si scilicet per promissorem non steterit, quominus sua die absque mora solveretur: Verba ICti hæc sunt: *Alter in stipulatione servatur: Nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: Nisi forte per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperit: Etenim neutri eorum sua mora prodesse debet.* Ex

hac

hac itaque lege omnes illi textus, in quibus dicitur, litis contestatæ tempus spectandum ex hac l.*37.* ad eum casum restringendi sunt quo res sine mora periit: Nec refragatur quod si res sine mora perierit, ad æstimationem non perveniatur sed interitu rei debitor liberetur l. 23. de R. J. & l. 6. C. de pign. act. Ad hoc enim infra in explicatione postremæ opinionis respondebitur.

Ad Secundum quoque ex l. fin. ff. de condict. tritic. petitum idem, quod ad præcedens, responderi debet Et sane Donello l. ista plané non suffragatur quia non solum in merce & re fungibili; sed in *cæteris quoque rebus* æstimationem ad litis contestatæ tempus referri iubet, ut supra prolixius dictum.

Ad Tertium Resp. In *d.l.3.§.3.ff. de Act.empt.* duo tempora designari è quibus sit facienda æstimatio; tempus Contractus seu quo res venit & tempus litis contestatæ; adeoque vel hoc textu præsentem Donelli & aliorum opinionem, non tam confirmari, quam subverti. Nec dissentientibus concedendũ tempus *quo res venit* esse tempus solutioni à contrahentibus destinatum; siquidem plusquam certum est, tempus quo res venit, esse tempus initi contractus, illudque quo res vendita fuit.

Ad Quartum Resp. Falsum esse quod, die solutionis non expresso ac definito, nullius certi temporis, præterquam litis contestatæ, res debeatur. 1. Quia alioquin vinum, quod ante litem contestatam extitit, & natum est, solvi non posset, cum aliud solveretur quam deberetur, contra regulam iuris quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit. 2 Quia si nullius altererius temporis vinum quam litis contestatæ deberetur, ne quidem ante litem contestatam liceret vinum offerre, deponere, consignare & ita invito solvere; sed semper debitor cogeretur expectare tempus litis contestatæ, ut ex eo intelligeret, utrum hoc, vel illud vinum debeat. 3. Quia si genus promissum sit purè, obligatio statim nascitur & quidem ita ut agi possit. *§.omnis l.de V.obligat.* quare & statim solvi potest creditori.

Ad Quintum respondetur; ex prædictis satis liquere quod non solum cum species certa, sed & cum merces æstimanda est tempus moræ, quo scilicet res unquam fuerit plurimi, spectari debeat *l.8. ff. de condict. furtiv. l. 29. ff. Rerum amot.* Nec in universis legibus, in quibus litis contestatæ tempus spectari dicitur de merce agitur: Contrarium enim dilucide probat *l. fin. in fine ff. de condict. triticar. l.37. §.1. ff. mandat.* Quin etiam in mercis æstimatione ineunda tempus litis contestatæ præcise spectandum non esse, arguit vel sola *l.3 § 3. ff. de action. Empt.*

Ad Po-

Ad postremum idem respondetur quod ad quartum responsum fuit: Nam & ante litem contestatam, mercem promissam & in contractum deductam, deberi, rationibus hautquaquam contemnendis docuimus. Quocirca his remotis, relinquitur quoad rei peremptæ aut amissæ æstimationem nihil penitùs differre res in quantitate consistentes à speciebus.

Opinio secunda.

Secunda opinio, præcedenti proxima, est Francisci Duareni, qui in rebus, quæ mutuo dantur, hoc est fungibilibus & in quantitate consistentibus, præcise litis contestatæ tempus spectandum ait; In speciebus vero æstimandis tria tempora inspicienda dicit, tempus condemnationis, mortis & moræ: Huius suæ opinionis & distinctionis membri prioris eadem adducit fundamenta, quæ supra Donellus: Nempe *l. vinum 22. de rebus credit. l. final. ff. de condict. tritic.* quibus supra satisfactum fuit: At posterius membrum confirmat *l. penult. ff. de condict. triciar.* in qua prædicta ista tria tempora designari videntur: Verba illius legis hæc sunt: *In hac actione, si quaratur res, qua petita, cuius temporis æstimationem recipiat: Verius est quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus; sed in πλάτει secundum Celsum, erit spectandum: Nec enim debet novissimum vita tempus æstimari, ne ad exiguum precium æstimatio redigatur in servo mortifere vulnerato: In utroque autem si post moram deterior res facta sit: Marcellus scribit libro 20. habendam æstimationem quanto deterior res facta sit, &c.*

Refutatio huius opinionis.

Sed nec hæc opinio subsistere potest: præterquam enim quod merces à speciebus in præsenti controversia separari non debeant *d. l. fin. ff. de condict. tritic.* Constat etiam ex *l. 8. de condict. furtiv. & ex. l. 29 ff. rer. amotar.* quod re post moram perempta non præcise isthæc tria tempora spectari oporteat, nec ratio intermedii temporis, quod scilicet inter tempus moræ extraiudicialis & condemnationis intercedit, nulla haberi debeat; sed potius, quod morâ semel contractâ, ad quodvis tempus, quo res fuerit plurimi æstimatio referatur, id quod infra in postrema opinione prolixius confirmabitur, ubi etiam quinam sit *d. l. 3. de condict. tritic.* sensus, explicabitur.

Opinio III.

Tertio Irnerius JCtus, & qui ipsum sequuntur, itidem, inter mercem & speciem distinguendum putant; sic ut in merce debita æstimanda litis contestatæ tempus spectetur; In specie vero tempus condemnationis: Fundamentum huius opinionis in eo constituunt, quod in *l. 22. ff. de Reb. credit. l. fin. de condict. tritic.* vinum & consimiles

miles aliæ res in quantitate consistentes, ex tempore litis contestatæ æstimandæ dicuntur. Merces vero debita ex tempore sententiæ seu rei iudicandæ: *l. 3. ff. commodat. l. pen. ff. de cond. trit.*

Refutatio huius Opinionis.

Cæterum & hæc opinio displicet Antonio Fabro *16. coniectur. 4.* Nec sane iniuria: præterquam enim quod in merce æstimanda & alia tempora, quàm litis contestatæ, spectari debeant, ut in consideratione primæ opinionis supra fuit probatum, satis etiam de specie constat ex *l. pen. ff. de condict. tritic. l. 3. § in hac ff. commodati l. 37. ff. mandati l. 28 ff. de novat.* in æstimatione illarum tempus etiam litis contestatæ spectari. Nec contrarium evincunt *d. l. 3. Commod. & l. pen. de condict. tritic.* Nam quænam illarum legum vera sit sententia infra aperiam. Illud etiam considerandum quod in *l. 3 § 3 ff. de act. empt.* de vini æstimatione diserte Pomponius scribit, quod si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportere utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: adeoq; in mercis quoque æstimatione non semper litis contestatæ tempus attendi.

Opinio IV.

Quarto Johannes Borcholt *in tractat. de Reb. credit. c. 7. n. 104.* ita statuit, ut si ante litem contestatam debitor fecerit moram, tria tempora inspiciantur; & vel ad tempus moræ æstimatio referatur, si post moram res depreciata & deterior facta sit; vel ad tempus condemnationis, sive rei iudicatæ, si post moram preciosior sit facta; Vel denique ad tempus mortis si preciosior facta post moram interierit ante rem iudicatam: Ex hisce autem tribus temporibus unum tempus spectandum in re æstimanda & quidem illud quo res pluris fuerit: Nam si pluris fuerit tempore moræ, quàm rei iudicatæ, vel mortis, moræ tempus in re æstimanda spectatur: Et contra, si pluris fuit rei iudicatæ, vel mortis tempore, quàm moræ, rei iudicatæ vel mortis tempus inspiciatur in ineunda rei æstimatione. Fundamentum huius opinionis constituit in *l. pen. ff. de condict tritic.* in qua tria ista tempora æstimationis ineundæ expresse definiri videntur.

Refutatio huius opinionis.

Verum huic opinioni obstat *l. 8. ff. de condict. furtiv. l. 29. ff. rer. amot.* in quibus legibus non refertur æstimatio rei interemptæ ad aliquod præcise tempus, sed ad quodvis, quo res unquam fuerit plurimi à tempore moræ contractæ, adeoq; temporis intermedii quoque ratio habetur: Non obstante *d. l. penult. ff. de condict. tritic.* quæ proculdubio tempus intermedium inter tempus moræ & condemnationis atque inter hoc & tempus mortis non

non excludit, ut si tum pluris res fuerit, quam tempore moræ, vel condemnationis, vel mortis, illud non spectetur; ut suo tempore clarè ad oculum demonstrabitur. Quin & ratio satis evidens idem ostendit quia nempe non debet moratori prodesse mora, nec domino nocere: At noceret mora domino, si æstimationem intermedii temporis, quo res fuit plurimi, non cogeretur præstare, quam tamen habere potuisset, si tum sine ulteriori mora res fuisset restituta.

Opinio V.

Quinto Jacobus Cuiacius *in tractat. 8. ad Africanum in l. 37. ff. mandat.* & Julius Pacius *3. Antin. 72.* & Philipus Matth. *in c. 22. de Reb. credit.* ita distinguendum censent, ut si mora nulla commissa sit, in strictis iudiciis spectetur tempus litis contestatæ *l. 22. de Reb. credit. l. fin. ff. de condict. tritic. l. 3. ff. commodat.* In bonę autem fidei iudiciis æstimatio reducatur ád tempus condemnationis seu rei iudicatæ *d. l. 3. commod.* Sin vero mora fuerit extraiudicialis contracta, tum æstimatio ad quodvis tempus reducatur, quo res unquam à tempore moræ fuerit plurimi *l. 8. ff. de condict. furt. l. 29. ff. rei amot.* Cuius distinctionis hanc rationē adducunt, ꝙ priori casu quo mora contracta non fuit, in iudiciis stricti iuris certū actor in iudicio petit, secundum quam petitionem quoque iudex, si eam veritate niti ac naturæ actionis institutæ congruere viderit, præcise pronunciare adstrictus est, per ea quæ Wesenbec. *in. §. Actionum a. nu. 2. l. de act. tradit.* Ideoque in stricti iuris iudiciis litem contestatam, quippe ex qua quid petitum demum elucet, in æstimatione ineunda observare convenit: In bonæ vero fidei iudiciis actor certum non petit, verum petitionem suam in arbitrio iudicis ponit, ut scilicet ipse per sententiam enunciet, quantum ex bono & æquo æstimari debeat; proinde hoc casu æstimatio ad tempus rei iudicatæ refertur, cum fieri possit, ut iudex etiam plus actori per sententiā attribuat, quam is postulaverit *arg. §. 30. l. de act.* Idque ipsum Gaius in *l. 2. §. ult. de O. & A.* haut obscurè innuit: At in posteriora casu, quo mora extraiudicialis contracta fuit, ideo tempus quodvis, quo res plurimi fuerit spectari volunt, quia culpa & mora unius non debet ipsi prodesse nec alii nocere. *l. 155. & 173. de R. Iur.*

Refutatio huius opinionis.

Equidem quoad posterius hoc ipsis plane assentior, quod nempe res post moram debitoris perempta, quocunque in iudicio, ex eo tempore, quo fuerit unquam plurimi, æstimanda sit. Sed in eo ab illis dissentio, quod ante moram

extra-

extraiudicialem re perempta in stricti iuris iudiciis æstimationem præcise ad litis contestatæ tempus; in bonæ a. fidei iudiciis ad tempus rei iudicandæ reducendam putant; Hinc enim sequeretur Moram iudicialem, quæ litis contestatione contrahitur, non eiusdem esse potestatis, cuius mora extraiudicialis; Itemque sequeretur moram iudicialem prodesse moratori, & nocere creditori contra *l. 155. & l. 173. §. fin. ff. de Reg. iur. l. 37. §. 1. in fine ff. mandat.* ubi dicitur unicuiq; suam moram nocere non alteri: Ut proinde non existimarim distinguendum esse utrum mora extraiudicialis, an iudicialis fuerit contracta, sed in utraque idem omnino obtinere, quod nempe à tempore moræ contractæ tam iudicialis quam extraiudicialis res ex eo tempore æstimetur quo unquam fuit plurimi.

Opinio V.

Quinto Marcus Lyclama statuit, tam in bonæ fidei, quam stricti iuris actionibus præcise tempus litis contestatæ spectari: Moræ verò extraiudicialis rationem penitus nullam haberi in *d. tractat. de ineunda rei debita æstim. n. 56. & sequent.* ubi id multis fundamentis stabilire conatur quæ mox in sequentibus considerabimus.

Refutatio huius opinionis.

Verum in utroque, tàm bonæ fidei, quam stricti iuris iudicio moræ extraiudicialis rationem haberi explorati iuris videtur & confirmant textus iuris expressi in *l. 8. ff. de condict. furtiva l. 29. ff. Rer. amot. l. 3 ff. de Condict. tritic.* quæ expresse de strictis iudiciis agunt, & tamen nihilominus æstimationem ad illud tempus quo res à tempore moræ extraiudicialis unquam fuerit plurimi, redigi & reduci volunt. De bonæ fidei iudiciis est *l. 21. ff. de act empt.* & in utroque iudicio tam bonæ fidei quam stricti iuris moræ etiam extraiudicialis in æstimatione rei ineunda rationem haberi evidens ratio suadet; hæc scilicet, quod aliàs mora debitoris noceret creditori, quia si suo tempore sine mora fuisset restituta creditori, habiturus is fuisset æstimationem istam qua plurimi post moram contractam fuit. At neutri mora & frustratio alterius nocere debet *l. 155. de R. iur l. 3. §. 1. ff. commod.* quę regula non solum de mora iudiciali, sed de extraiudiciali quoque accipienda est. Verum hac de re in sequentibus plura.

Opinio VI.

Sexto Antonius Faber *16. coniecturarum c. 3. 4. 5. 6.* Et in *Erroribus pragm. decad. 16 Error. 1. 2. & 3.* Et hunc secutus Caspar Schifordecker ad Antonium Fabrum *lib. primo, tractat. 21.* ad propositam quæstionem respondent, si res pure debeatur, in stricti iuris iudiciis nullam omnino rationem habe-

haberi moræ extraiudicialis: In bonæ fidei autem iudiciis hactenus solùm, ut inspiciatur, non quanti plurimi res fuerit à tempore moræ; sed utro tempore res pluris fuerit, Moræ, aut Rei iudicatæ: Quod si vero post condemnationem rei æstimatio decreverit, tum non minus in strictis, quam in bonæ fidei iudiciis tempus condemnationis inspiciatur. Sin vero in rebus humanis esse desierit, tum præcisè tempus mortis.

Refutatio huius opinionis.

Quam opinionem præcedentibus non puto meliorem esse: Quin potius, si recte & penitius inspiciatur, nulla ferè ex omnibus à vero magis aberrat & à iuris ratione latius recedit; Idque nunc verâ & nostrâ opinione propositâ liquido demonstrabimus.

Opinio VII. quæ vera.

Sic proinde, repudiatis aliorum opinionibus, omnino statuendum censeo: primo re pure qualicunq; ex contractu, sive stricti sit iuris, sive bonæ fidei, debitâ, casu fortuito peremptâ aut amissâ, æstimationem ad id referendum tempus, quo res à tempore moræ, etiam extraiudicialis, quam plurimi valuerit atque in optimo fuerit statu.

Quæ sententia confirmatur *primo* ex *l. In re furtiva 8. ff. de condict. furtiv.* in qua Ulpianus ita scribit: *Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis æstimatio fiat, quæritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit; maximè cum deteriorem rem dando non liberetur: Semper enim moram fur facere videtur.* Ubi notandum primo quod condictio furtiva, de qua præsens *l. 8.* loquitur, stricti sit iuris, non solum quia ex maleficio nascitur; sed etiam quia inter bonæ fidei iudicia in *§. Actionum I. de act.* recensita non reperitur. & tamen res, quam illa persequitur, æstimatur quanti plurimi unquam fuerit. Cui consequens est in strictis quoq; iudiciis de quibus tamē maxime dubitatur, quāti plurimi æstimationis rationem haberi. Quod si in strictis iudiciis observatur, multo magis idem in bonæ fidei actionibus locū habebit, ut quæ ex pare actoris longe sint pinguiores strictis iudiciis, Id quod & ratio ab Vlpiano subiecta satis demonstrat: ideo enim dicit furtivæ rei æstimationem quanti plurimi fieri, quia fur rem deteriorem reddendo non liberetur, quam rationem etiam in bonæ fidei iudiciis obtinere, nemo dubitare potest, propter textum apertum in *l. 3. ff. commodati*, in qua Vlpianus idem de re commodata, quod in *d. l. 8.* de re furtiva, affirmat: *S. reddita* inquiens *sit res commodata, sed deterior reddita: Non videbitur reddita quæ deterior redditur &c.*

Equidem Marcus Lyclana in d. tractat. de æstimatione num. 66. & Antonius Faber eumque secutus Caspar Schifordecker respondent hanc.

hanc *l. 8.* de re furtiva loqui: rem a. furtivá aiunt singulari odio furum æstimari quanti plurimi ac proinde, quod in ista l. 8. statuitur, non extendendum, sed restringendum esse arg. cap. odia de R. iur. in sext.

Resp. Verum enimvero responsio hæc plane est divinatoria: Etsi enim quædam odio furum sint recepta, inde tamen non sequitur quod omnia quæ de furibus hinc inde scribuntur singulari illorum odio sint introducta. Et quod hæc quanti plurimi æstimatio non jure singulari, nec odio singulari furum; sed ratione communi sit recepta, id ex ipsa *l. 8.* luculenter patet. Etenim cur res furtiva æstimetur ex tempore quo fuit plurimi ratio non adducitur odium furum sed hæc potius, quæ quovis in frustrato obtinet, *quod fur deteriorem rem reddendo non liberetur:* Deinde *quia fur semper moram facere intelligatur:* Hanc autem rationem esse, ut dixi, generalem, nec ad solum furem accommodatum, probant *d. l. 3. ff. commodati & l. 3. ff. de condict. tritic.* in quibus eadem planè ratio ad quemvis simplicē moratorem accommodatur. Et sanè si odium singulare furum causa esset quanti plurimi illius æstimationis, malè Ulpianus rationem veram ac potissimam silētio involvisset aliamque spuriam minusque principalem assignasset.

Et quanquam rationem hanc à JCto assignatam, *quod nempe fur semper moram contrahet.* Antonius Faber sic accipiendam existimet quod fur rem furtivam cōtrectando singulis momentis novam contrahat moram: Id tamen & ipsum in coniectura positum est; verbis certè in *d. l. 8. §. 1.* non exprimitur: Et quin & simplex frustrator, dum moram non purgat, moram facere rectè dicatur, dubium nullum est: Ad hæc nihil interest utrum mora singulis momentis nova contrahatur, an verò, quæ semel est contracta, duret: siquidem hæc eundem, quem illa habet effectum nec illius maior est potestas per *l. 87. §. usuras d. l. 2.* præterea æstimationis quanti plurimi ratio præcipua ac principalis nō est mora cōtracta, sed ea potius, q̃ ipse Ulpian. adducit, ꝙ nempe fur rem deteriorē dando nō liberetur. At hanc etiam in aliis quibuscunq; moratorib. locum habere constat per *l. 3. ff. commodati.* Unde ita infertur. Ubicunque eadem ratio est, ibi idem ius esse debet. At vero eadem ratio est in quibuscunque moratoribus, quæ in fure, ob quam in *d. l. 8. æstimationem quanti plurimi præstare tenentur.* Ergo idem ius erit. Ut, nempe sicut fures præstant rei æstimationem quanti plurimi, ita quoq; alii moratores. *Adde* quod in *d. l. 8.* illus æstimationis quanti plurimi res fuerit causa remota & minus principalis sit, quod moram semper fur contrahat. At causa minus principali & remota, quantumvis

tumvis cessante modò proxima obtineat, locus est dispositioni juris. Jam verò causa & ratio proxima æstimationis, qua res unquam fuit plurimi (quæ est quod fur deteriorẽ rem præstando non liberetur) obtinet in quibusvis moratoribus. Ergo licet altera minus principalis (quod fur semper moram faciat) cessaret in cæteris moratoribus; Tamen *d.l.8.* non cessabit.

Similiter non adversatur quod è dissentientibus quidam respondent in *d l.8.* §.*1.* non proponi rem viliorem factam & precio decrevisse, sed rem factam deteriorem: Cum autem res post moram debitoris redditur deterior, æquum esse ut deterioratio ista cedat periculo debitoris, sicut & mors ipsa cederet, si homo debitus periisset post moram *l.23.de V.obl.* Secus a. esse si res facta fuerit post morã debitoris vilior. Resp. Etsi enim res vilior facta non possit dici deterior facta (cuius tamen cõtrarium verius est) quia tamen eadem omnino ratio obtinet in re viliori facta, quæ suadet non liberari debitorem, re post moram facta deteriore aut prorsus peremptâ ab æstimatione quanti plurimi: Igitur omnino etiam, cum res vilior est post moram facta non liberari debitorem ab æstimatione quanti plurimi conveniens est. Etenim cur re deteriore facta, fur teneatur præstare æstimationem quanti plurimi res fuit à tempore moræ, hæc est sine dubio, quod mora debitori frustratori non debeat prodesse, nec etiam creditori obesse *h.n.l.8.versic.semper iunct.l.37.mandati & l.115.de R. I.* At verò si re viliori factâ, non teneretur debitor post moram præstare æstimationem quanti plurimi, sed liberaretur præstatione æstimationis præsentis, maximè prodesset mora debitori & obesset creditori, quod perspicuum est. Ergo cum res etiam vilior est facta, præstari debet quanti plurimi res unquam fuerit à tempore moræ. *Accedit* quod res etiam vilior rectè dicatur deterior atque illud huic tanquam species suo genere insit: Nam si bonitas rei duplex est, extrinseca & intrinseca, ut fatentur pleriq; dissentientium, sequitur ex natura oppositionis quod deterioratio & corruptio rei itidem sit duplex: Et sicut bonitas extrinseca consistit in æstimatione; ita quoque deterioratio quædam consistat in imminutione æstimationis; adeoque res intelligatur deterior facta, cum valore & æstimatione decrevit. Proinde cum hîc JCtus in *d. l.8.* loquatur in genere de re deteriore facta, velitque æstimationem præstari, qua res fuit unquam plurimi re deteriorata: Nihil prohibet quo minus JCtum in illis legibus accipiamus etiam de re post morã viliore facta.

Neque legi *8. de condict.furt.* obstat *l. 2. §. quæsitum ff. de privat. delict.* ex qua videtur dicendum, litis contestatæ tempus in condictione

etiam

etiam furtiva, quoad æstimationẽ ſpectandum, &, ut Anton. Fab. *16. coniect. 11.* putat, ſpectari debere rem, quæ fuerit plurimi à die litis conteſtatæ ad diem uſque, quo reſtituitur; Reſp. Recte enim Borcholt *de R. Cred. c. 7. n. 107.* JCtum, ait, conferre inter ſe æſtimationem, quæ fit ex L. Aquilia & æſtimationẽ, quæ fit ex condictione furtiva: Ita ut ex L. Aquilia, æſtimatio fiat retrorſum, quanti res in eo anno plurimi fuerit: At ex condictione furtiva non egrediatur æſtimatio judicii accipiendi tempus retrorſum, hoc eſt retrorſum res non æſtimetur quanti in eo anno plurimi fuerit: Sed vel furti facti, vel litis conteſtatę, vel rei judicatę, vel mortis tempore. Et ſane quin etiam in condictione furtiva ſpectetur tempus morę antecedentis litem conteſtatam, ut ſi æſtimatio tunc plurimi fuerit, illa pręſtetur, evincitur ex eo quod in *d. l. 8. 1. de condict. furtiva*, adeo quę in eo ipſo loco, in quo ex profeſſo de ęſtimatione facienda in condictione furtiva tractare JCto propoſitum fuit, indiſtincte reſpondetur, placere id tempus ſpectandũ in ęſtimatione ineunda, quo res unquam fuerit plurimi, non ait JCtus, quod probè obſervandum, *quo res unquam à die litis conteſtata fuerit plurimi*; ſed abſolute *quo unquã fuerit plurimi.* Et veriſimile nõ eſt, ſi voluiſſet Ulpian. ęſtimationẽ pręſtari qua res à tempore litis conteſtatæ fuerit plurimi, eum id fuiſſe expreſſurũ, maxime cùm hanc quęſtionẽ ſibi propoſuerit ibi decidendã, male certè eam decidit; ſi id quod in deciſione pręcipuum eſſe debebat, omiſit. Adde quod etiam ratio, qua ibidem utitur JCtus, ſit generalis, & ad tempus litis conteſtationem antecedens ęque pertineat: ideo enim vult Ulpianus in condictione furtiva pręſtari ęſtimationem, qua res unquam fuerit plurimi, quia ſemper moram faciat fur. Atqui moram fur facit continuè etiam ante litem conteſtatam, ſtatim à furti commiſſi tempore. Ergo etiam ab eo tempore debet ęſtimatio pręſtari, qua res unquam fuerit plurimi. Et licet Antonius Faber nolit eam rationem referri ad id quod pręceſſerat de pręſtanda ęſtimatione quanti plurimi res unquam fuerit (ſiquidem nihil commune habeat mora cum jure ęſtimationis ineundę, niſi quatenus condemnatio fieri poſſit ex bona fide, ut in omnibus bonę fidei judiciis) ſed ad proximam illam clauſulam *maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberetur.* Quia tamen *verſ. maxime* continet verã & proximam rationẽ ęſtimationis quanti plurimi, ut per ſe ſatis perſpicuũ eſt, nec negare poteſt Faber; Illius autẽ rationiſtatio reddatur in *verſ. Semper n.* quod itidem luce meridiana clarius eſt: Sequitur *verſic. Semper enim: moram* referri oportere ad id, quod

quod de quanti plurimi æstimatione præcesserat. Cum præsertim (ut habet axioma philosophicum) causa causæ sit causa causati. Relinquitur ergo ex *d. l. 8. & l. penult. ff. rer. amot.* in condictione furtiva præstari æstimationem rei quanti fuerit unquam plurimi, si non à tempore commissi furti, quod tamen modò probatum est, certe tamen à tempore accepti iudicii, id quod Faber contendit. Proinde utruncunque tandem dicamus, sequetur in strictis iudiciis non præcise spectari tempus litis contestatæ, sed etiam præstari æstimationem, quanti res plurimi fuerit.

2. Insuper quod in strictis quoq; judiciis attendatur tempus quo res fuerit unquam plurimi, probatur per l. 37. ff. mandati, ubi Africanus ait: *In stipulatione* (quæ sine dubio stricti iuris est) *spectari tempus* quo agitur: nisi forsan aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret. Ex quo sequitur, si per promissorem steterit, non præcise litis contestatæ tempus spectari. Et hanc suam sententiam confirmat Africanus optima & æquissima ratione, quod scilicet neutri debeat mora seu frustratio sua prodesse. At vero prodesset debitori mora, si cùm tempore moræ, litis contestationem antecedentis, res pluris fuisset, non illius, sed litis contestatæ temporis, quo res minoris aut deterior est, præstari deberet.

Non equidem me latet vulgo dissentientes hunc textum de æstimatione rei non purè, sed in diem debitæ, deque ea mora quæ lapsu diei contrahitur, interpretari; suamque hanc interpretationem fundare in istis verbis *quo minus sua die solveret*; quibus significari videtur in casu *d. l. 37.* moram debitori non nocere ob id, quod à creditore extraiudicialiter interpellatus non solverit; sed potius eam ob causam, quod sua die, in quam videlicet ex conventione contrahentium solutio destinata erat, creditori satis non fecerit.

Cæterùm quominus interpretatio hæc recipi possit, facit quod ratio quæ subiicitur, quod nempe nemini frustratio sua prodesse debeat, generalis sit & non solum ad moram lapsu diei contractã; sed ad quamcunque moram, tam iudicialem quam extraiudicialem, & ad moram tam tacitam, quam expressam pertineat, *l. 173. de R. Iur.* proinde verba illa *sua die* recte accipiuntur de quovis tempore, quo solutionem fieri convenit.

3. Insuper nostram sententiam confirmat textus in *l. 3. ff. de condict. tritic.* ubi Ulpianus *in utroq;* (tam cõdemnationis quam mortis tempore) *si post moram deterior res facta sit: Marcellus scribit libro 20. habendam æstimationem quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum, quare ad tempus* MORÆ *in his reducenda erit æstimatio.*

matio. Ex quo iterum liquet in æstimatione rei ineunda moræ tempus spectandum.

Non impedit quod ait Lyclama Hanc *l. 3.* exaudiendam de re nostra nobis restituenda, in qua aliud observetur, quam in re nobis debita æstimanda, ut illic quidem moræ extraiudicialis ratio habeatur; hic verò non item: Etsi enim ex causa furtiva & re mobili vi abrepta de re nostra agatur condictione triticiaria, regulariter tamen eâ actione de re, non nostra, sed nobis debita agitur *l. 1. §. fin. ff. de condict. triticiaria.* Ut taceam quod ista *l. 3.* generaliter sit de re, per condictionem triticiariam petita, concepta.

Nec etiam movet quod Antonius Faber respondet, eam loqui de re post factam condemnationem perempta, quoniam agit expresse de re *petita* At res post sententiam demum latam factamque condemnationem dicatur petita, antè verò non *petita*, sed *peti* dicatur: Etenim verbum hoc *petita* non solum ad factam & irrogatam, sed ad faciendam quoque & irrogandam condemnationem referri, satis superque demonstrant *l. 22. ff. de Reb. credit. l. fin. ff. de condict. tritic.* ubi vinum dicitur tempore litis contestatæ petitum, ultro fatente Ant. Fabro, Lyclama & Schifordeckero.

4. Insuper moræ, extraiudicialis etiam, rationem haberi probat hæc quoque ratio ex principiis & fundamentis iuris deducta, quod nempe mora perpetuet obligationem & faciat etiam in strictis iudiciis ut qualis quæque obligatio aliquando fuerit, morâ à debitore contracta ut talis etiam deinceps futura sit, nempe ut si quando res debita post moram fuerit in optimo statu, talis etiam postea, quandocunq; agetur p̃stari debeat *l. 23. ff. de V. obligat.* Et si deteriori sit post moram facta, non efficiat mora ut talis præstetur, qualis nunc est: siquidem quod mora perpetuat obligationem, id quia in favorem creditoris introductum est, non debet in odium eius detorqueri *l. 23. ff. de Legibus* Atqui detorqueretur in odium creditoris, si rei, post moram deterioris aut vilioris factæ, æstimatio præstari deberet.

5. Cui accedit & hæc ratio, quod non solum in bonæ fidei, sed etiam in strictis iudiciis ex æquitate id omne actori præstandum sit, quod habiturus fuisset, si res eo tempore, quo petita fuit, restituta esset *l. 2. l. 38. §. 7 ff. de Usur.* At verò actor, si ei res, nunc perempta, fuisset restituta illius etiam temporis, quo res plurimi fuit, æstimationem habiturus fuisset. Et licet forsan habiturus non fuisset tamen id saltem hodie dari debet, quod iam olim dari debuit *l. 2. §. cum per venditionem. ff. de act. empt.*

Excipit quidem Antonius Faber leges modò adductas non de

æstimatione, sed de fructibus loqui quorum ratio alia sit atque æstimationis; Verum id parum proposito argumento obstat, qꝫ n.in aliis forsan diversa sit horum ratio, eadem tamē ratio, ob quam in strictis iudiciis JCtus vult post litem contestatam fructus præstari, non minus in æstimatione post moram aucta obtinet eamque præstari æque atque fructus suadet. Sicut enim, si res fuisset restituta, factâ vel iudicialiter vel extraiudicialiter interpellatione, creditor omnem habiturus fuisset causam: ita etiam æstimatione post litem contestatam auctâ, aut re meliore factâ si res fuisset ad creditoris interpellationem, sine mora, restituta, habiturus fuisset creditor id, quo res post moram est melior facta, aut æstimatione aucta. Quod si igitur ob hanc causam accessiones naturales præstari debent, ita, ut si non præstentur creditor non dicatur rem accepisse, qualis fuerit cum peteretur *d. l. 2. de usur.* quid obstat, quominus eadem ratione idem de æstimatione post moram aucta dicamus? His non adversantur quæ dissentientes in contrarium adducere solent ad demonstrandum moræ extraiudicialis rationem non haberi in re debita perempta æstimanda, sed æstimationem præcise ad litis contestatę tempus referri.

1. Quod enim primo aiunt in nullo iuris nostri loco scriptum reperiri, iudicem in æstimanda re debita ex iudicio stricto spectare oportere aliud tempus, quàm litis contestatæ: Quare in nostra potestate non esse ad aliud tempus æstimationem referre, quàm quod legibus sit definitum.

Resp. Hoc sanè facili negocio ex prædictis refellitur; siquidem & legibus & rationibus satis validis demonstratum opinor, non modò in bonæ fidei, sed in strictis etiam iudiciis, non tantum ad litis contestatæ tempus reduci, sed ad moræ quoq; litis contestationem antecedentis, si tum res vel melior sit vel preciosior; Imo ad quodvis tempus quo à tempore moræ extraiudicialis res fuerit plurimi *l. 8. §. 1. ff. de Condict. furtiva l. 29 ff. rer. amot. l. 3 ff. de condict. tritic.*

Quod porro obiiciunt in iure nostro constanter æstimationem referri ad litis contestatæ tempus *l. 22. ff. de Reb credit. l. fin. ff. de cond. tritic. l. 3. ff. commod. l. 37. §. 1. ff. mandat.* Id quoque ex prædictis evidenter confutatur, *vide. d. l. 8. ff. de condict. furtiv. d. l. 29. Rer. amot.* Nec contrarium probant adductæ leges: Ad has enim primo in genere respondetur; Æstimationem in strictis iudiciis ad tempus litis contestatæ referri, nisi ante mora per extraiudicialem interpellationem fuerit contracta: Sic enim hoc intelligendum ipse Africanus monet, in *l. 37. §. 1. ff. mandat. Aliter*, inquiens *in stipulatione servatur: Nam tunc id tempus spectatur.*

ctatur quo agitur ; nisi forte aut per promissorem steterit quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. Quocirca licet in obiectis legibus absolutè dicatur *tempus litis contestatæ spectari*; Id tamem restrictionem ex *d.l.37.§.1.*accipit; siquidem in toto iure hoc obsevatur ut textus generaliter & indistincte loquens, ex textu speciali & distinguente restringatur *l. in toto de R. iur.* Et licet non facilè eveniat ut, mora non præcedente perveniatur ad iudicem, ut Papinianus scribit in *l. 3. pr. de usur.*quod tamen aliquando id accidat, innuit ipse Papin. ibidem. Et sanè cum hodie non amplius necessum sit, priusquam ad iudicem eatur, interpellari debitorem de solutione facienda *§. appellantur. l. de Act.* sine interpellatione autem mora non contrahatur *l. 32. ff. de Vsuris.* consequens utique est ad iudicem perveniri posse, nulla etiam mora præcedente. Quinimo etsi interpellatus fuerit debitor, antequam lis cum eo contestetur, aut interpelletur litis contestatione: Non tamen continuò in mora constituetur, sed si iustam habeat causam cur ad interpellationem statim non solvat excusatur à mora *l. 21. l. 22. l. 23. & l. 24. de Vsur. l 40. de petit. hæredit.* Quare cum in legibus obiectis mora facta non proponatur, nec etiam facta præsumi debet; Ita respondet Jacob. Cuiacius *in l. 59. de V. obligat. & l. 37. mandat. tract. 8. ad Africanum.* Nec obstat quod res, si sine mora perierit, liberetur debitor ut in prima huius tractatus quæstione prolixè fuit dictum. Resp. Nam, ut & ibidem monuimus, verum id est si species fuerit debita, quæ periit; secus verò si non species; sed quantitas debeatur. Alii preterea respondent in obiectis legibus in quibus dicitur, litis contestatæ tempus spectari, non hoc significari quod ad litis contestatæ tempus æstimatio præcisè referri debeat. Sed tempus istud litis contestatæ esse terminum à quo temporis illius, ex quo res æstimari potest, iuxta *l. 3. § 3. ff de act. empt.*

Non obstat *Tertiò* nostræ sententiæ quod mora extraiudicialis non possit esse maioris potestatis, quam quæ per ipsam litis contestationem contrahitur: Immo moræ per iudicialem interpellationem litis contestatione contractæ, maior vis sit, quam moræ extraiudicialis: Atqui si nulla mora litem contestatam præcesserit, non possit contestatio facere, ut quanti plurimi res ab eo tempore fuerit, in diem usque condemnationis præstari debeat actori. Ergo multò minus extraiudicialis mora id efficere queat. Resp. Assumptio enim falsa est: Nam utriusq; moræ, tam iudicialis quam extraiudicialis

in facienda æſtimatione non curari, ne mora ultima vi litis conteſtatæ contractu negligatur contra *leg. Illud ff. de peric. & comm. rei vendit.*

Reſp. Hoc inquam non obſtat, cum enim in cuiusvis poteſtate ſit ius ſuum, quando velit, in iudicio perſequi, nulla certe culpa ei imputari poteſt, qui ſtatim non egit & ius ſuum perſecutus non eſt; maxime ſi iuſtam habuerit cauſam perſecutionem differendi, *l. 21. & l. 23. 24. ff. de uſur.* Nec dici poteſt negligi moram litis conteſtatione contractam, ſi antecedens mora extraiudicialis in facienda æſtimatione ſpectetur: quoniam ad litem conteſtatam ęſtimationem ſic dicimus referendam, ſi tum aut pluris aut melior res fuerit. Quin & tempus moræ extraiudicialis attendendum ſtatuimus non aliter, quàm ſi tunc res pluris fuerit.

Non reſiſtit *Septimo*, quod obiicit Lyclama non debere actori licere quod reo non permittitur: At ſi vilius fuerit precium, tempore moræ, & carius tempore litis conteſtatæ, Reo non liceat huius ſolutionem recuſare, illius facere; alioquin mora ſua ipſi non noceret *l. 173. §. 2. de R. Iur.* Ergo nec in poteſtate creditoris eſſe debeat exigere ſolutionem tempore moræ, ſi tum charius fuerit precium rei & vilius litis conteſtatæ tempore.

Reſp. Argumentum enim hoc procedit à ſeparatis & diverſis: Si enim reo permitteretur æſtimationem, quæ pluris eſt tempore litis conteſtatæ, quàm tempore moræ, exigere, tum mora ipſi prodeſſet contra *l. 115. ff. de R. Iur.* in qua dicitur factum cuique ſuum & non adverſario nocere debere. At ſi contrà morâ, per debitorem commiſsâ, in poteſtate creditoris non eſſet æſtimationem, quæ tempore moræ pluris eſt, quàm tempore litis conteſtatæ, exigere, tum mora debitoris noceret creditori contra *l. 155. & leg. 173. paragraph. de R. Iur.*

Inſuper & *Octavo* ſententiam noſtram non infringit, quod cum moræ extraiudicialis in contractibus non hic ſit effectus ut poſtquam commiſſa fuerit, fructus cauſa & acceſſiones neceſſariò præſtari debeant *l. 38. §. 7. ff. de uſur. l. 31. ff. de Reb. credit.* multò igitur minus incrementum æſtimationis, quod pro quaſi acceſſione haberi debeat §. 34. *l. de R. Diviſ.* exigi poſſit.

Reſp. Nam, ut ſæpe in præcedentibus reſponſum fuit, incrementum iſtud æſtimationis non habetur loco & iure acceſſionis, ſed iure rei ipſius principaliter debitæ: Id quod vel hinc manifeſtum evadit, quod ſi res ipſa, quoad extrinſecam bonitatem aucta extet ac præſtari poſſit, talis etiam poſt

moram extraiudicialem, imo etiam nullâ penitus morâ interveniente, ante litem contestatam, in stricti iuris iudiciis præstari debeat. At verò si augmentum & incrementum æstimationis accessionis vice esset, non posset, re ipsa adhuc extante, præstari, nec cogeretur debitor rem, æstimatione nunc auctam, ex mora extraiudiciali ante litem contestatam præstare; Multò minus nullâ morâ contractâ, cùm notissimi sit iuris, ut & ipse quoque Lyclama ingenuè fatetur, in strictis iudiciis accessiones ex mora saltem iudiciali, quæ litis contestatione contrahitur, præstandas esse.

Non obstat *Nonò*, quod ex eo tempore quidque æstimandum sit, quo novissime solvi debet *l. 11. de Re judic.* Atqui tale tempus, quo novissimè solvi debeat res, ex stricti iuris contractu debita, sit tempus litis contestatæ *l. 31. ff. de Reb. credit.* Quocirca æstimatio rei peremptæ ad istud præcise tempus litis contestandæ referri debeat. Resp. propositio enim maior, in qua dicitur, ex eo tempore unumquodque æstimandum, quo novissime solvi potuerit, sic accipienda, si & tunc plurimi fuerit *l. 37. §. 1. ff. mandati.* Alioquin, si alio tempore, vel antecedente, vel subsequente res pluris fuerit, tum non ad illud, quo novissime dari debuit, sed quo pluris res est, referri debet *l. 8. ff. de condict. furtiva.*

Non obstat *Decimò l 3. §. 3 ff. de act. empt.* ubi dicitur venditorem, qui in mora fuit tradendæ mercis debitæ, condemnari debere, utro tempore res pluris fuerit, temporis traditioni dicti, seu diei adiectæ in verb. *vel quo venit*, aut litis contestatæ, quomodo accipienda verba illa *vel quo lis in condemnationem deducitur*, ut ita moræ, cuius tamen ibidem expressa sit mentio, perinde, ac si nulla intervenisset, nullæ tribuantur partes.

Resp. Etenim supra monui verba ista *quo venit* non idem significare quod *de quo convenit*, sed idē denotare quod *quo vinum venditum est*; Ideoque verbis hisce tempus contractus, non vero tempus diei adiectæ designari. At verò cum hîc tempus contractus inspici dicitur, perinde habetur, ac si tempus moræ inspiciendum diceretur; quandoquidem hoc loco tempus contractus cum tempore moræ idem sit, quia in emptione statim, ubi venditor pecuniam accepit, in mora re ipsa constituitur. *l. Julianus. §. ex vendito ff. de act. empt. l. Curabit. C. eod.* Ut ita Pomponius in *d. l. 3. § 3.* velit tempus moræ durantis usq; ad tempus condemnationis irrogandæ spectari, si tunc res sit pluris, aut tempus, quo res in condemnationem deducitur, si tunc pluris sit. Deinde etiam sic commode respondebitur, verba hæc *quo vinum venit* sic accipienda

da *quo vinum ex venditione tradi debuit*, quia hic JCtus comparat tempus *quo vinum venit* cum loco *quo vinum venit*: At locum hunc postea interpretatur de loco in *quo vinum tradi debuit* verſ. *item non oportet*, ſicut & aliàs locus, in quo contractum eſt, intelligitur in uſu iuris locus ubi pecunia ſolvi debuit *l.3.ff.de Reb.auct.iud.poſſid.* Quare & tempus illud *quo vinum venit* eodem modo de tempore *quo vinum tradi debuit* accipiendum; idque ex natura oppoſitorum: At tempus quo res tradi debuit eſt tempus moræ: Quocirca ex obiecta *l.3.§.3.* colligitur haut obſcure noſtra ſententia, quod ſcilicet æſtimatio ad tempus moræ referri debeat, ſed illud quo res unquam fuerit plurimi.

Non obſtat *Vndecimo* l. Hominem 37. ff.mandati in qua Africanus ita ſcribit: *Hominem certum pro te dare fideiuſſi & ſolvi cum mandati agatur, æſtimatio eius ad id potius tempus quo ſolutus ſit, non quo agatur, referri debet: Et ideo ſi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio eſt: Aliter in ſtipulatione ſervatur: Nam tunc id tempus ſpectatur, quo agitur, &c.* Ex quo inferunt diſſentientes diſtinguendum eſſe inter bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia; ſic ut in illis tempus contractus; in his vero tempus litis conteſtatæ ſpectetur.

Reſponſio: Sed hoc, ut dixi, aſſertioni noſtræ nil quicquam obſtat: In priori enim caſu, homine à fideiuſſore ſoluto, in obligatione principaliter non erat homo, ſed æſtimatio hominis, quia fideiuſſor ſolvendo hominem creditori hoc animo fuit, ne unquam repeteret, *paragraph. Is quoque li quibus mod. re contrahent. obligat. l. qui ſic ſolvit ff. de ſolut.* multò igitur minus ut eum hominem à debitore repeteret, ut cui non ſolverit hominem cuique etiam impoſſibile foret fideiuſſori illum reſtituere; quare fideiuſſori nil aliud quicquam deberi poteſt, quàm hominis æſtimatio: Unde recte Africanus infert, etiamſi homo ſolutus eſſet mortuus, non tamen liberatum fore debitorem, qui certe liberaretur ſi in obligatione homo ipſe, & non æſtimatio eius, ab initio fuiſſet: Hæc autem æſtimatio ad aliud tempus, quàm quo fuit homo à fideiuſſore ſolutus, referri non poteſt: Tum quia in contrariam mandati actionem id venit, quod mandatarius, mandati implendi cauſa impendit, *leg. decima quinta, leg. decima ſexta; leg. vigeſima ſeptima, paragraph. impendia ff. mandati.* Fideiuſſor autem ſolvens hominem intelligitur impendiſſe æſtimationem, quæ tum fuit hominis ſoluti. Tum etiam quia hîc non proponitur mora à debitore facta fideiuſſori:

Nulla

Nulla igitur ratio est, cur aucta æstimatio præstari debeat. Quod vero in sequentibus de strictis iudiciis subiicitur; id statim sic temperat JCtus, ut litis contestatæ tempus spectetur, nisi mora præcesserit

Non obstat *Duodecimo* l.3. §.In hac ff. commodati. In qua Ulpianus ita scribit: *In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis similiter in litem iurabitur & rei iudicandæ tempus quanti res sit observatur, quamvis in stricti litis contestatæ tempus spectetur.* Hinc iterum colligunt Interpretes iuris circa propositam quæstionem de rei debitæ casu peremptę æstimatione ineunda distinguendum esse inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia sic ut in illis æstimatio ad rei iudicandæ tempus; in his vero ad litis contestatæ referatur.

Resp: Observandum quippe est in *d.* §. *in hac* non tractari de æstimatione officio iudicis facienda, sed de ea æstimatione, quæ fit ab actore per iusiurandum in litem: Tùm quia de æstimatione illa, quæ fit à iudice, iam tum in præcedenti §.1. Ulpianus disseruerat. Tum etiam quia in *h.§.2.* iuxta vulgaria exemplaria pro *& observatur* legitur *ut observetur* quam etiam lectionem confirmat ratio rectè loquendi, quæ non patitur orationem perturbari numeris & temporibus, id quod fieret retentâ lectione Florentina *Iurabitur & observatur.* Quare autem rei iudicandæ tempus, cum res iureiurando actoris æstimatur, spectari debeat, ratio hæc est quod actor in litem iurans iuret ex affectu, non qui prius fuit, sed qui nunc est, cum iurat *l. 1. l. tutor ff. de in lit. iurand.* Accedit quod hic non tam res ipsa æstimetur, quam contumacia non restituentis coerceatur *d. l. 1. & d. l. Tutor.* Ideo meritò eius temporis, contumacia ex eo tempore æstimanda sit. Ita respondet Donellus. Nec huic resistit quod in textu *d.* §. *2.* agatur de æstimatione *quanti res sit.* Jureiurando a. in litem non æstimetur res quanti sit *l. 1. & 2. ff. de in lit. iur.* Resp. Nam hæc verba *quanti res est.* sic accipi debent, *quanti res est iureiurando in litem actoris æstimata,* ut in l.18.pr. & §.7. de dolo malo.

Deinde & sic responderi potest: quando in hac *l. 3.* dicitur *tempus rei iudicandæ spectari*, illud cum temperamento *l 3. de condict. tritic.* accipiendum: *Nisi scilicet post moram deterior res fuerit.* De strictis vero iudiciis quod sequitur, non referendum est ad æstimationem quæ fit per iusiurandam in litem, quia in istis iudiciis regulariter in litem non iuratur, nisi cum res amplius non extat *l. 5. de in lit. iur.* & nos infra dicemus, sed de æstimatione officio iudicis facienda, quam tamen sic Ulpianus ad tempus lits contestatæ vult referri, si *mora prius non fuerit facta*, secundum *l.37.§.1.ff. mandat.*

Non

Non refragatur *l. 3. ff. de condict. triticiaria*: In qua æstimatio ad tria hæc tempora, condemnationis mortis & moræ, referenda dicitur. Ex quo sequitur, æstimationem rei peremptæ non ex eo tempore faciendam quo unquam fuerit res à tempore moræ plurimi.

Resp. Nam illic tempus condemnationis & mortis spectantur, quia licet res post moram debitoris interierit, non tamen vilior fuerit aut deterior, sed eadem eiusdem precii & bonitatis tempore condemnationis & mortis, cuius tempore moræ antecedentis: At hoc casu tempus potius condemnationis, quam mortis spectari debet, quia novissima hæc sunt tempora quibus solvi potest *l. 11. ff. de re iudic.* & cum illis temporibus quibus dari debuit res non sit preciosior nec deterior, nihil attinet ad præcedens atque remotius moræ, aut litis contestatæ tempus æstimationem referri. Tempus a. moræ spectari vult JCtus cum res deterior, fuerit tempore condemnationis aut mortis, sic tamen ut non ad illud præcise momentum & punctum moræ contractæ, & interpellationis factæ; sed ad totum tempus moræ durantis æstimatio referatur, *arg. d. l 8. ff. de condict. furtiva.* Alioquin mora & frustratio debitoris ipsi prodesset & creditori noceret.

His proinde ita remotis relinquitur veram esse Superiorem assertionem nostram, quod res, purè debita, casu post moram perempta ex eo tempore æstimetur, quo res à mora tam iudiciali, quam extraiudiciali unquam fuerit plurimi; idque indistincte, sive res debita fuerit ex stricti iuris contractu, sive ex contractu bonæ fidei.

Atque hoc, quod huc usque dictum est, non solum procedit cum res post moram deterior est facta; sed & cum vilior est reddita: Etsi enim non diffitear diversam esse rem violiorem & deteriorem factam, quoad hoc tamen convenire videntur, quod sicut re deteriore post moram facta æstimatio illius temporis præstatur, quo unquam fuit plurimi; ita quoque re viliore facta præstetur eius temporis æstimatio, quo res unquam, à tempore moræ, plurimi fuerit.

Confirmatur autem hæc assertio per *l. in re. 8. §. 1. ff. de condict. furt.* verb. *quanti plurimi res unquam fuerit.* quæ arguunt valoris quoque & bonitatis extrinsecæ in re deteriorata æstimanda rationem haberi.

2. Accedit huic etiam *l. 29. ff. rerum amot.* in qua ita Triphoninus: *Rerum amotarum æstimatio ad tempus, quo amota sunt, referri debet: Nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier.*

Quare nec à bonæ fidei possessore ita res amota usucapiuntur; sed si pluris facta non restituuntur, quæ amota sunt, crescit æstimatio ut in condi-

I *ctione*

ctione rei furtivæ: Ex quo sic infero, si res post moram pluris facta æstimatur quanto pluris facta est, multo magis si res vilior sit facta æstimabitur ex eo tempore, quo pluris fuit; Et sane bonitatis quoque extrinsecæ; sive valoris post moram aucti vel imminuti rationem haberi in re perempta æstimanda, adeò evidenter probat *d. l. 29.* ut mirum sit Interpretes hoc ipsum in dubium revocare posse.

3. Insuper quod valoris aucti vel imminuti post moram ratio habeatur perspicua quoque ratione probatur, quod nempe frustratori & moratori sua mora obesse debeat & non alii *l. 155. & l. 173. de R. Iur. l. 37. §. 1. ff. mandati:* Jam vero si, re post moram viliori facta, non consequeretur creditor id quanto viliori aut quanto præciosior est facta, damnum utique sentiret; siquidem precii incrementum habiturus fuisset, si ei suo tempore absque mora res fuisset restituta, & licet id fortassis habiturus nón fuisset tamen id saltem hodie dari oportet, quod iam olim dari debuit. *l. 21. §. cum per venditorem ff. de act. empt.*

Sed hic dubium incidit haut leve quid dicendum, si res post condemnationem & sententiam iam latam interierit, utrumne æstimatio præcise ad tempus condemnationis & rei iudicandæ, an vero ad tempus moræ post condemnationem commissæ, referri debeat?

Andreas Khol *Exercit. legali 17. num. 11. 12 & 13.* recte statuit, si post condemnationem factam latamq; sententiam mora supervenerit æstimationem rei post condemnationem peremptæ ad illud tempus reduci, quo res unquam fuerit plurimi. Quæ etiam sententia procuLdubio verissima est; & confirmatur primo hac ratione quod mora, sive ante condemnationem, sive postea fuerit contracta, nunquam debeat obesse alteri, sed soli frustratori nocere *l. 37. §. 1. ff. mandat.* Atqui mora post condemnationem commissa obesset utique creditori, quia nisi rem post condemnationem peremptam debitori præstare distulisset, sed tempore condemnationis prę̨stitisset, habiturus utique fuisset creditor rei æstimationem, & quidem eam, qua res post moram ad tempus mortis usque fuit plurimi.

Accedit præterea quod in *l. 8. §. 1. ff. de condict. furt.* & consimilibus aliis expresse dicatur moræ tempus spectandum; idq; simpliciter & indistincte; Nec enim distinguitur quando mora sit commissa, utrum ante, an vero post condemnationem: Idem colligere promptum est ex *l 3. ff. de condict. tritic.*

Quibus adde & hanc rationem, quod non debeat melior esse conditio morosi debitoris post condemnationem quam si non esset condemnatus *l. 17. de R. Iudic.*

QVÆ-

QVÆSTIO IX.

Si dies, quo debitum exsolvi debeat, obligationi adiecta sit, an æstimatio rei ad diem debitæ, præcise referri debeat ad diem expresse contractui adiectam?

HActenus de rei ex contractu purè debitæ æstimatione ineunda plus satis dictum: sequitur dicendum de rei ad diem debitæ æstimatione, ad quodnam tempus ea reduci debeat?

Circa quam quęstionem communis videtur Interpretum opinio, quod tempus diei in contractu expressæ spectandum sit, sic ut ad eum pręcise ęstimatio referatur, etiamsi post morã, lapsu diei contractam, res nunc perempta, pluris fuerit: Ita Anton. Faber. *16. coniect. 6. & in Error prag. decad. 16. Err. 4.* Johann. Borcholt *in tr. de Reb. credit. c. 7. n. 98. & seq.* Schifordeck. *in tract. 22. q. 5. cum seq. l. 1.* Hotom. *Ill. quæst. 16.* Cuiac. *ad l. 59. de Verb. obligat.* Duar. *in l. 12. in fin. ff. de re iudic.*

1. Confirmant hanc suam sententiam *l. 22. ff. de Reb. cred.* in verb. *si dictũ fuisset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset.* Item *l fin. ff. de condict. trit.* in qua Gaius *Tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit.* Et in *l. 59. ff. de Verb. obligat.* Julianus scribit *Quotiens in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit.* In *l. Qui autem 12. ff. si quis cantionibus* Ulpianus. *Illud*, ait, *tenendum est quod æstimationem eius quod interest agentis, ad illud tempus referendum est, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, quamvis desierit eius interesse.* In *l. 11. ff. de Re iudic.* Celsus *Si Kalendis fieri aliquid stipulatus sim nempe quandocunque post Kalendas accepto iudicio tanti æstimanda lis est quanti interfuit mea Kalendis id fieri: Ex eo enim tempore quidque æstimatur, quod novissimè solvi potest.* Hinc ita infertur: Ex eo tempore unumquodque æstimandum, quo novissime solvi potest; Atqui cum dies obligationi addiicitur, tum tempus quo novissime solvi potuit, est dies adiectus, siquidem novissima eius diei horâ definit ex conventione solvi posse, quod eâ die dari debuit. Ergo cum dies solutionis in contractu exprimitur præcise debet in æstimatione ineunda, illius diei hora spectari.

Quapropter cum adeo constanter in legibus dicatur, æstimationem rei ad diem debitæ ex ea die faciendam esse, quis dubitaret quin hoc solum & unicum sit tempus faciendæ æstimationis?

2. Accedit his textibus & ratio juris evidens, hæc scilicet, quòd cum dies solutionis initio dictus sit intelligatur cõventione ipsorũ cõtrahentiũ determinata ac definita æstima-

æſtimatio, quæ præſtari debeat vice rei, nempe æſtimatio diei adiectæ, & vi ipſa hoc obligationi diei ineſſe cenſetur, ut æſtimatio eius diei pręſtetur, licet hoc non expreſſe convenerit: At hæc pactio quantumvis tacita ſervari debet.

3. Dies magis adiicitur pro reo, quam pro ſtipulatore *l. 41. de V. obl. l. 17. de R. iur.* Ergo in odium eius detorqueri non debet *l. 25. ff. de leg.* quod fieret, ſi ob adiectionem diei condemnandus eſſet quanti fuiſſet ab illo die plurimi, non autem ſi quanti fuiſſet die conſtituto.

Verum enimvero, utut ſententia hæc communiori interpretum calculo recepta ſit ac probata, contrariam tamen longè veriorem eſſe iudico, quæ etiam placet Donello ad *l. Vinum 22. num. 29. ff. de Reb. credit.* Hub. Giphanio in *l. 59.* ibidemque Donell. *de V. oblig.* Andr. Khol. *in exercit. legati 12. num. 32.* Et his ſequentibus argumentis confirmatur.

1. In *l. Iure furtv. §. 1. ff. de condict. furtiva & l. 3. ff. de condict. tritic. l. 37. §. 1. ff. mandati* dicitur propter moram admiſſam æſtimationem præſtari quanti res plurimi fuerit à tempore moræ: Atqui die adiecta mora contrahitur. Ergo etiam à tempore morę æſtimatio eius temporis præſtatur, quo res fuerit plurimi.

Nec obſtat quod diſſentientes regerunt, etiamſi aliàs, cum de æſtimatione rei præſtanda quæritur, moræ ratio habeatur, tamen cùm dies ſolutionis expreſſus eſt, an mora facta ſit, non attenditur; ſiquidem ius hoc ut adiectâ die inſpici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio moræ debitoris, ſed ex vi & poteſtate obligationis deſcendit; idque propterea quia JCti hoc caſu ineundæ æſtimationis rationem ſemper referant ad illam ipſam diem, in qua ſolutio fieri debuit, qua tamen die ſolutio nulla facta erat; cum non niſi poſt ultimum diei inſtans quicquam à debitore peti poſſit: Atqui nulla mora eſt, ubi nulla petitio eſt *l. 127. ff. de V. obligat.* Ac proinde hîc non tam moræ quam conventionis ius ſpectandum.

Hoc inquam fundamentum noſtrum non evertit: Nec enim concedimus quod diſſentientes pro conceſſo aſſumunt, die ſolutionis in contractu expreſſo, conventione & conſenſu mutuo contrahentium ęſtimationem, quæ pręſtari debeat, ſolutione ad diem conſtitutum non facta, definitam eſſe: Contrarium enim mox, ubi ad fundamenta diſſentientium reſponderimus, liquidò demonſtrabimus.

2. Accedit huic & iſta ratio quod mora debitoris non debeat nocere creditori *l. 155. de R. Iur.* At ſi morâ lapſu diei contractâ æſtimatio diei duntaxat adiecta præſtanda eſſet, quantumvis re poſtea auctâ, mora

mora certe debitoris noceret creditori, ut cui incrementum & augmentum istud, quod habiturus fuisset, nullâ frustratione factâ, intervertatur. Et licèt hic quoque dissentientes respondeant, tacitam conventionem, qua æstimatio fuerit definita & determinata, die adiectâ, efficere, ut morę nulla habeatur ratio; Tamen & hoc falsa niti hypothesi, ex iis, quæ paulò post dicentur patebit.

3. Insuper si morâ, per interpellationem hominis commissâ, præstari æstimatio debet, quæ fuit plurimi post moram, sequitur idem quoque in ea mora, quæ per lapsum diei contrahitur, quæque pro interpellatione habetur, *l.59. de V. obligat.* obtineat. Atqui verum est prius, ut ex præcedenti quæstione relucet: Verum igitur est & posterius.

Non ignoro & hîc Antonium Fabrum excipere; Quod die solutionis expressâ, æstimatio illius diei præcise præstari debeat, id ex voluntate & conventione contrahentium descendere, qui diei adiectione hoc agant, non solum ut si ad diem non solvatur, mora ipso jure contracta intelligatur; sed etiam ut si contracta fuerit, tanti res æstimetur, quanti tunc & illâ ipsâ die reperiatur; perinde ac si designata & expressim demonstrata fuisset æstimatio præsentis temporis per hæc verba, quanti nunc res est, quo sane casu nemo dubitaret, eam æstimationem deberi, quæ contractus tempore fuisset. Verum quàm lubrico fundamento responsio hæc nitatur ex infra dicendis ut dixi manifestum evadet.

Solutio contrariorum.

Quod ad contraria fundamenta, paulò supra recensita attinet, puto ea non tanti esse monenti ut sententiam nostram & verissimam & æquissimam convellere ac evertere queat: Etsi enim pluribus in locis iuris nostri hoc casu, quo dies solutionis contractui expressim adiecta est, dicatur æstimatio referri ad tempus diei adiectæ: Illi tamen, quotquot etiam illorum sunt cum hoc moderamine accipiendi sunt, Nisi lapsu diei mora fuerit contracta & precium rei post moram creverit, vel res preciosior effecta fuerit: Tunc enim non eius diei, sed temporis illius, quo res unquam fuerit plurimi, æstimatio præstanda erit. Quæ limitatio summâ nititur æquitate & rationibus gravissimis, ut ex prædictis perspicuè relucet. Nec magnoperè urget argumentum ex *d. l. 11. ff. de re iudicata.* productum, respondendum puto; Ex eo tempore, quo novissimè solvi potuit, rem unamquamque æstimari: Nisi eo tempore, solutione non facta, mora fuerit contracta & res postea fuerit pluris: Tunc enim æquitas, ut dixi, manifesta dictat, ad tempus insequens moræ potius, quàm ad tempus diei adiectæ, æstimationem referendam esse.

Sic etiam non admodum adversatur *l. 59. de V. obligat.* Nam illius legis hic est sensus, quod, cum in diem vel sub conditione res debetur, spectari debeat æstimatio eius temporis, quo peti potest, sic, ut si in diem sit promissa, non spectetur æstimatio ante diem, sed etiam post diem, si sub conditione, ut non ante, sed post eventum conditionis; si certo loco, ut non ante sed postquam potuit eò perveniri, spectetur æstimatio, hoc est, spectetur eo temqore, quo peti potest & non ante, quia cum æstimatio sit rei debitæ ac petitæ æstimatio, non prius debeatur, quàm ipsa res peti possit, ut bene observat Giphanius: Non autem hoc vult prædicta *l. 59.* quod ad tempus diei vel conditionis existentis præcise sit reducenda æstimatio, sed, ut dixi, quod non prius præstari debeat æstimatio, quàm dies venerit & conditio extiterit: Confirmat hoc ratio *d. l. 59.* quæ certè eò non spectat ut ad tempus illud referatur æstimatio; sed ad hoc solum, ut non prius quam dies venerit æstimatio præstari debeat, Idem ex *l. 60. seq.* colligitur.

Sic etiam secundum argumentum non obstat: Nullo siquidem textu juris, nulla ratione ostenditur adiectione diei id tacite inter contrahentes actum ut illius præcise diei æstimatio præstetur; Cum ad hoc potius dies obligationi adiici soleat ut reus totum intermedium tempus liberum habeat ad solvendum, nec prius inquietari possit *l. 41. §. 1. de V. O.*

Ad Tertium Respondeo: Etsi dies pro debitore & non pro creditore censeatur adiecta id tamen hactenus saltem verum est, quatenus dies nondum venit: postquam enim dies venit, pro creditore est nec amplius favorem & commodum debitoris respicit; quia in mora constituit debitorem eumque de solutione interpellat *l. Magnam 12. C. de contrah. stipulat. l. 114. de V. obligat. l. 2. C. de iure Emphyt.*

QVÆSTIO X.

Si dies tacite inest contractui, an æstimatio ad eum præcise referenda, àn vero ad illud tempus reducenda sit, quo res postea fuerit plurimi?

De die expresse adiecta hactenus; si dies tacite contractu & obligatione contineatur, quæritur quid dicendum sit? Tacite dies contractu contineri dicitur, cum locus solutionis faciendæ contractui adiectus est: Id quod Paulus in *l. 73. pr. ff. de V. obligat.* confirmat: Interdum inquiens pura stipulatio (puram intellige verborum duntaxat conceptione) ex re ipsa dilationem capit, veluti si id, quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit: Tunc enim incipit actio, cum per rerum naturam præstari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit, facile tempus complecti vide-

videtur quo pervenire Carthaginem poteſt. Et Venuleius, Cum ita ſtipulatus ſum Epheſi dari? ineſt tempus. *l. 137. §. 2. ff. de Verb. obligat.* Quod ſi itaque res vel certo loco dari promiſſa ſit, aut talis res quæ confeſtim præſtari non poſſit, placet juris noſtri Autoribus æſtimationem & hîc referendam ad tempus tacitæ illius diei, ita ut aliorum temporum quibus res fortaſſis pluris fuerit, etſi lapſu illius diei mora contracta fuerit, ratio nulla habeatur. Ita Anton. Faber *16. coniect. 8.* & Caſpar Schifordeck. in *tractat. 23. q. 1. & ſequent. lib. 1.* Rationes quibus moventur, hæ ſunt.

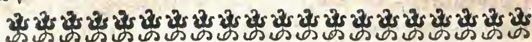
1. In l. inquiunt, *59. ff. de Verb. obligat.* cum Julianus ſcripſiſſet, quoties in diem oleum quis ſtipulatur eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit: Tunc enim peti poſſe, alioquin rei captionem fore, ſtatim ex Ulpiano ſubiungitur in l. 60. Idem eſſe etſi Capuæ certum olei pondus dari quis ſtipulatus ſit. Quare etſi dies tacita & incerta ſtipulationi & contractui inſit; ad eam tamen præciſe æſtimationem habendam hinc colligendum videtur.

2. Accedit quod generaliter & indiſtincte JCti reſpondeant ſi dies ſolutioni dictus ſit, eius diei æſtimationem præſtandam: Ita enim Gaius: Si res quæ certo dari debuit petita ſit, tanti litem æſtimandam eſſe quanti fuiſſet eo die quo dari debuit *l. fin. ff. de condict. tritic.* itemque Ulpianus in *l. Vinum 22. de Reb. credit.* ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: Atqui certus dies non ſolum ille eſt qui ipſis contractus verbis expreſſus & demonſtratus eſt, ſed is etiam qui nullo modo expreſſus vi ipſa ſolum contractui ineſt, ut proinde nihil cauſæ ſit, cur æſtimatio quæ eo tempore fuerit perinde ſpectari non debeat, ac ſi dies expreſſus non fuiſſet.

3. Præterea cum ius illud æſtimandæ rei debitæ ex eo tempore quo rem dari convenit, non aliam rationem habeat quam quod ea voluntas fuiſſe videatur, nihil intereſſe poteſt, an certa dies expreſſa ſit, an tacite ex contrahentium voluntate ſubintellecta; Cum non minor vis ſit tacitę quam expreſſę conventionis.

Verum contraria ſententia verior eſt & iiſdem argumentis confirmatur, quibus in prox. præced. quæſtione probatum fuit æſtimationem rei in diem debitæ non pręciſe ad tempus diei expreſſę referri, ſed ad tempus moræ vel quodlibet aliud quo res à tempore morę plurimi fuerit.

Nec contrarium evincunt argumenta modò adducta: Quinam enim ſenſus ſit *l. 59. & ſeq. 60. de V. obligat.* proxime dictum fuit: Sic & illis textibus quibus ad diem conſtitutum æſtimatio referri dicitur, ſatisfactum eſt.



SECTIO SECUNDA,

In qua de rei æstimatione per jusjurandum in litem facienda.

QUÆSTIO I.

Quidnam sit jusiurandum in litem?



LITIS verbum in jure æquivocum est ac multifariam accipitur; Nam primo controversiā significat quæ in iudicio movetur *l. 4. ff. de indic. l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.* 2. Sumitur pro actione quæ in iudicio exercetur *l. 36. ff. de Verb. signif. l. 15. §. si propter ff. ad Sc. Turpill. l. Vnic. C. de lit. contest.* Denique pro re de qua controversia est quæque in iudicium est *l. fin. de cond. tritic. l. 21. ff. de Evict.* Atque in hac postrema significatione hoc in loco accipitur, ut diserte probat *l. 8. ff. de in lit. iur.* ibi sic Marcellus, *Respondi*, inquit, *non est aquum precio, id est quanti res est litem astimari, cùm & contumacia punienda sit & arbitrium potius domini rei precium statuendum sit.* Ecce hîc Marcello *litem astimari* est *rem astimari*: Et quod prius dixerat *litem*, mox, paucis interiectis verbis *rem* appellat: Vide & Donell. *in rubr. tit. ff. de in lit. iur. & 26. comm. 6.*

Hinc igitur iusiurandum in litem recte definiemus illud per quod res, de qua lis est in iudicio, ab actore, deferente id prius iudice, æstimatur. Et quanquam Antonius Faber *16. coniect. 6.* contra Bartolum neget per iusiurandum in litem rem litigiosam æstimari, propterea quod per hoc iusiurandum dicitur contumacia non restituentis æstimari *l. 1. ff. de in lit. iur.* Item contumacia puniri & coerceri, *l. 8. eod. tit.* Refellitur tamen hæc opinio admodum perspicue à Paulo in *l. 46. ff. de R. vindic.* ubi in hæc verba scribit: *Eius rei qua per in rem actionem petita, astimata est quanti in litem actor iuraverit.* Quibus verbis idem plane quod nostra definitione exprimitur, dum primò significant iureiurando in litem *rem astimari*, deinde *eam rem qua fuerit petita* adeoque in iudicium & litem deducta; Et denique æstimari *rem iudicio ab actore petitam.* Idemque Pomponius haut obscure significat *in l. 8. ff. Rer. amot.* ubi ex sententia Sabini scribit: *Si mulier res, quas amoverit non reddat, astimari, quanti in litem iurasset.* In qua oratione verbum *astimari* ad res referri satis superque ex ipsorum verborum contextu relucet;

cet; Idque ipsum quoque evidenter & perspicuè declarat *l. subsequens 9.* ubi Paulus æstimationis per iusiurandam in litem faciendę, de qua in *d.l.8.* Pompinus differuerat, rationem reddens, ita scribit. *Non enim aquum est invitum suo precio res suas vendere.* Quæ ratio cum de reb. loquatur, consequens sane est, ut etiam æstimatio, cuius illa est ratio, non alius sit quam rei Accedit denique hûc etiam, Marcelli testimonium in *l.8.ff. de in lit.iur.* quo in loco aperte scribit; per iusiurandum in litem arbitrio domini *REI* precium statui.

Quapropter ex mente & sententia prudentum omnino statuendum videtur, per iusiurandum æstimari rem ipsam in iudicium deductam, eiusque precium ab actore statui:

Nec obstat quod in *d.l.1.ff de in lit iur.* dicitur iureiurando in litem contumaciam non-restituentis æstimari; Itemque contumaciam puniri & coerceri *l.8.eod.* Non enim Ulpianus in *d.l.1.contumaciam* æstimari ait; sed *rem ex contumacia* æstimari dicit: ita enim illic: *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iuriusandum in litem: Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia astimatur ultra rei precum.* Ex contumacia a. dicitur res æstimari, quando res petita propter contumaciam non-restituentis æstimatur ultra verum eius precium *d.l.1.in fine.* Illudque precium ex arbitrio & affectione domini statuitur: Sic igitur & contumacia puniri dicitur *in d.l.8.* Non cum ipsa æstimatur contumacia sed cum res ex contumacia eo, quo diximus modo, æstimatur.

Fateor equidem frequenter in iure invicem sibi oponi æstimationem quanti res est, & æstimationē quanti in litem iuratum est *d.l.8.* & *l.64.ff. de judic.* Verum utraque æstimatio est rei petitæ æstimatio: Illa verum continet rei precium, seu precium quanti rss revera est. Hæc a. precium non verum, sed illud quod pro affectione & arbitrio suo dominus, idemque actor statuit. Quamvis autem res ipsa solum, quæ per iudicem petita atque in iudicium deducta est, per iusiurandum in litem æstimetur, ut constanter in legibus nostris asseritur: Dubitandum tamen non est, quin & reliquorum quæ occasione contumaciæ possessoris absunt actori, unà cum æstimatione ista rei consequatur.

QVÆSTIO II.

Quotuplex sit iusiurandum in litem

IUsiurandum in litem duplex esse, *affectionis* unum, alterum *Veritatis* communis est interpretum, pragmaticorum præsertim, opinio. Cum enim per iusiurandum in litem res quandoque æstimetur ex veritate & quanti revera est. *l.2.§.1.iunct.l.5.in fin.* & *l.3 ff.de in lit.*

in lit. aliquando autem æſtimetur, non quanti revera eſt; ſed quanti valet ex ſingulari affectione domini, quam is in rem ſuam habeat, etiam ultra verum rei precium *l. 1. & l. 8. ff. de in lit. iur. & l. 9. ff. rer. amot.* Idcirco ex re ipſa iusiurandum in litem dividunt in veritatis & affectionis iuramentum,

Cæterum ab hac communi Interpretum opinione recedunt Johannes Coraſius *6. miſc. 1. &* Marcus Lyclama in *comm. de ineunda rei debita æſtimatione ad l. 22. de Reb. credit. n. ult.* qui unicum duntaxat iuramentum in litem, quo res quanti revera eſt, æſtimatur, admittunt; affectionis vero iusiurandum negant & pernegant: Argumenta illorum hæc ſunt.

1. Quia nuſpiam in iure noſtro ulla fit mentio iurisiurandi affectionis. At veriſimile non eſt, ſi tale aliquod iusiurandum eſſet, eius nullibi, nec eo quidem in loco, in quo de in litem iurando ex profeſſo tractatur, mentionem factam fuiſſe.

2. Quia & Paulus JCtus in *l. ſi precia 63. ff. ad L. Falcid.* diſerte ſcribit precia rerum non ex affectione ſingulorum, ſed communiter fungi & æſtimari.

3. Et alibi Julianus voluptatis affectioniſve æſtimationem non haberi, docet: veluti ſi dilexerit ſervum dominus, aut eum in deliciis habuerit. *l fin ff. de oper. ſervor.*

4. Hinc & Ulpianus reſpondit, patronum rem iuſto precio venditam non ideo revocare poſſe, quod ſua intereſſe dicat propter affectionem opportunitatis, vicinitatis, cœli vel quod illic educatus ſit, vel parentes ſepulti *l. 1. §. Et aliàs videamus ff. ſi quid in fraudem patr.*

5. Accedit quod conſtitutum legimus adverſus occidentem ſervum aut ſurripientem filiumfam. affectionis rationem nullam haberi *l. Eum qui §. ſi filiusfam ff. de furt. l. qui ſervum 53 ff. ad L. Aquil.* quanto minus igitur adverſus contumacem, qui tametſi delinquere dicatur *l. omne delictum ff. de re militari.* eius tamen delictum in omittendo conſiſtit, quod non perinde grave eſt, atque quod in faciendo committitur.

6. Et licet quandoque affectus ratio habeatur, ad actionem videlicet concedendam, quæ alioqui non competebat: Et in actibus illis, quibus ex æquo & bono agitur, ut in iudiciis bonæ fidei *l. cum ſervus ff. mandati.* Et iis quæ iuxta ea iudicia aguntur *l. pater filiæ ff. de evict. l. ſervus ea lege ff. de ſerv. export.* Reſtitutioneque in integrum *l. ſi in emptionem ff. de min.* At quod affectio ſola rei æſtimationem creſcere faciat, nuſquam legitur, precia enim rerum, ut ante dictum, non ex affectu funguntur.

7. Quin etiam ſi affectionis ſingularis aliàs ratio haberetur; In iureiurando tamen in litem ſpectanda non eſſet, cum illud ratione e-

ius, quod actoris pecuniariter intereſt, deferatur. Damnum autem pecuniarium in affectione non conſiſtit *l.ſi liber homo & l.pen.ff.ad exhi.* licet ratione amœnitatis conſideretur, cum eo nomine res pluris ſit & magis vendibilis. *l. competit.§ 1.ff.quod vi aut clam.l.quod ſi ea res ff. de imp. in res dot.*

8. Inſuper quod non iuretur de affectione, ſed quanti actoris interſit, probant *l. Nummis & l. In inſtrumentis ff.de in lit.iur.l.Videamus in fin.ff.eod.*

9. Ad hæc cum propter contumaciam rei iurat actor in litem atque ſic proprio ſacramento probat id quod ſua intereſt *l.2.l.Tutor. ff.de in lit. iur.*omniſque probationis difficultas tollitur; ſatis dicitur puniri contumacia ex quo actor fit quodammodo iudex & teſtis in propria cauſa, nec ultra dici poteſt, actorem de affectione iurare poſſe,quia alioquin violaretur protrita illa regula,Duo ſpecialia circa eandem rem concurrere nequeunt.*l.1. C.de dot.prom.*

10. Si ex contumacia creſcit æſtimatio rei,non creſcit ex affectione. Atqui res, quæ iureiurando æſtimatur, creſcit ex contumacia non reſtituentis *l. 1. ff. de in lit. iur.* in qua ita JCtus: *Res pluris non fit per iusiurandum hoc, ſed ex contumacia æſtimatur ultra rei precium l. 1 ff.de in lit.iur.* Et Javolenus *Cum furti,* inquit, *agitur iurare ita oportet tanti rem fuiſſe cum furtum factum ſit, non adiici eo pluris ve, quia quod res pluris eſt, utique tanti eſt l. 9. ff. eod. tit.*proinde veritatis etiam iuramentum eſt tunc, cum ex contumacia reſtituentis creſcit æſtimatio ultra precium, quod prius habuit,

11. Poſtremo cum iurare ultra veritatem ex affectione ſit peierare. De periurio autem eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iuravit, etſi non facile quæri ſoleat *l. ult. ff. de in lit iur.* leges tamen hoc non probant ſed damnant: Quapropter iudex nunquam actori tantum indulgere debet, ut ei permittat iurare ultra veritatem.

Cæterum rectius alii iuramentum hoc affectionis tuentur Giphanius *ad l.24. ff de R. iur.* Johan. Botcholt.*in tract. de in lit.iur.c.2.n. 2* Anton.Faber.*16.coniect.17.* Fundamenta illorum hæc ſunt. 1. Rei, inquiunt, precium per hoc iusiurandum in litem, quod nos affectionis dicimus, arbitrio domini ſtatui dicitur in *l. 8. ff. de in lit. iur.* in qua Marcellus: *Tutor.* inquit *rem adulti, quam poſſidet, reſtituere non vult, quæro utrum quanti res eſt, an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debeat: reſpondi, non eſt æquum precio id e. quanti res eſt, litem æſtimari, cum & cōtumacia punienda ſit, & arbitrio potius domini rei precium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litē iurandi conceſſa.* Jam v. cuius arbitrio relinqtur definire preciū rei, eidē quoq; permittitur

ſingulari ſuæ, quam in rem iſtam habet, affectioni indulgere.

2. Plurimis in legibus iubetur iudex doloſum & contumacem poſſeſſorẽ domino condemnare *quãti* in litem iurarit *l. 68. de R. Vindic.* Ergo etſi rem tanti eſſe ex affectione ſua dominus æſtimarit.

3. Accedit quod leges permittant actori in *infinitum iurare l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur. & l. 69. de R. Vind.* Atqui in infinitum iurare non poſſet actor, ſi ex veritate ſolum & quanti revera res eſt, aut quanti ſua intereſt, iurare cogeretur nec poſſet affectioni ſuæ indulgere.

4. Quin etiam apertè dicitur per iusiurandũ in litẽ æſtimari rem ultra verum eius precium *l. 1. l. 8 ff. de in lit. iur.* Quæ æſtimatio cum non ex veritate procedat, conſequens eſt quod ſit ex affectione *arg. l. 53. ff. ad L. Aquil. l. 63. ff. ad L. Falcid.* Et cum æſtimatio illa quæ fit iureiurando in litem, verum rei precium non contineat, ſed pro iurantis arbitrio illud etiam excedat, palam eſt non omne iusiurandum eſſe veritatis.

5. Denique admodum frequenter in legibus noſtris opponuntur ſibi *id quod intereſt agentis* & *quanti in litem iuratum eſt l. 2. ff. de in lit. iur. Item quanti res eſt* & *quanti in litem iuratum eſt l. 8. ff. eod.* & quidem ita ſibi invicem opponuntur, ut *id quanti in litem iuratum eſt* utrumque *& quanti res eſt & quanti intereſt agentis* longè excedat. Ex quo & ipſo ſatis relucet non omne iuramentum in litem eſſe veritatis. Et ſanè ſi *id quanti in litem iuratum eſt*, diverſum eſt, ab eo, *quanti res eſt* & *quanti agentis intereſt*, ſequitur illud affectionis precium & æſtimationem continere: ſiquidem inter verum rei precium & id quod intereſt medium, ſive tertium non datur, quam precium affectionis ſingularis, ut ſupra fuit oſtenſum ex *l. 53. ff. ad L. Aquil. & l. 63. ff. ad L. Falcid.*

Solutio contrariorum.

Ad primum Reſp. Non quidem appellationem iurisiurandi affectionis in iure noſtro reperiri, rem ipſam tamen in eo fundatam extare, id quod ex modo adductis plus ſatis relucet, quibus, ut puto, admodum perſpicue probatur, interdum rem iureiurando ex affectione æſtimari: Sufficiat igitur quod de re ipſa conſtet; quo nomine iam appellatur non admodum refert, modo tali, quod rei ſit conveniens §. *pen. l. de donat.*

Ad ſecundum Reſpondeo: Quamvis aliàs in rebus æſtimandis affectionis ratio haberi non debeat; In iureiurando tamen in litem ſingulare hoc eſſe, quod affectioni indulgeatur eique duo locum faciunt: Ex parte poſſidentis contumacia & dolus in re poſſeſſa non reſtituenda, *leg. 1. ff. de in lit. iur.* quæ contumacia per iusiurandum punitur & coercetur

d. l. 8.

d.l. 8. ff. de in lit. iur. Ex parte actoris vero seu petitoris summa æquitas, quæ non patitur ipsum cogi res suas suo pretio vendere, *d. l. 8. & l. 9. Rer. amot.*

Idem quoque *ad secundum* responderi debet: Nec contrariatur *l. si servum 53. ff. ad L. Aquil.* Illic enim servus idcirco non æstimatur ex affectione per jusiurandum in litem, quia eo loci non agitur de servo contumaciter detento restituendo, sed de servi occisi æstimatione præstanda: At in litem non juratur super re facto & dolo alicuius perempta, sed de re ab altero contumaciter possessa *d. l. 1. d. l. 8. & l. 68. ff. de R. Vindicat.*

Eadem solutio est ad *Tertium, Quartum, Quintum & Sextum*: Nam singula & universa de eo sunt quod regulariter fit & ordinariè: At quod in iureiurando in litem indulgetur affectioni, hoc plane singulare est & contra iuris communis regulas, receptum: Ratio autem huius singularitatis & exceptionis partim, ut dixi, in odio possidentis, partim in furore domini consistit. Et quanquam delicta, quæ sunt in faciendo graviorem videantur mereri pœnam, quam delicta in omittendo, ut Corasius ex *l. omne delictum ff. de re militari* infert: Tamen non solum delicti gravitas, sed etiam perseveranta animi in delinquendo inspicienda est: Maior autem perseverantia eius est, qui rem possidet & illam non vult restituere, vel dolo malo possidere desinit, quam in eo qui occidit servum, quamvis dolo malo id faciat.

Ad *Septimum* Respondeo negando quod per iusiurandum in litem solum interesse pecuniarium æstimetur: Tum quia id quanti in litem iuratum est, opponitur ei quod interest agentis in *l. 2. ff. de in lit. iur.* Tum etiam quia iusiurandum, quod nos affectionis vocamus, pertinet non solum ad rem ipsam æstimandam, sed ad contumaciam quoque possessoris coercendam.

Ad *Octavum* Resp. Ex eo quod in *d. l. Nummis & d. l. Instrumentis* dicitur in litem iurari de eo quod actoris interest nummos sibi sua die redditos esse, vel instrumenta proferri, non sane sequitur affectionis rationem in iurando nullam haberi: Nam in *d. l. Nummis* actor iurat quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, quia sub pignore pecuniam debuit, quod, quia deposita pecunia ei abnegata est, distractum fuit. In *d. l. Instrumentis* verò actor, instrumentis non exhibitis, in litem iurat quanti sua interest ea proferri, quia actori non tam instrumenta cordi sunt, quàm id, quod instrumentis continetur & ob id instrumenta non inspiciuntur, nec adfectio, quam actor in instrumenta habet, consideratur, sed inspicitur tantum quod actoris interest. Et in summa, in adductis legibus idcirco de affectione

non iuratur in litem, quia neque in nummos, neque in instrumenta singularis cadit affectio, prout eleganter demonstrat Donellus in *comm. ad d. l. Nummis & d. l. Instrumentis.* Aliàs verò de cæteris rebus, quarum potest quædã esse affectio jurari non de eo quod interest actoris, sed affectionem eius singularem æstimari, supra ex *leg. 2. ff. de in litem iur.* luculenter fuit probatum.

Non obstat quod *Nonò* ex Corasio obiicitur, quod duo singularia concurrerent, si non solum domino rem suam æstimare, sed etiam ex affectione eandem æstimare concederetur, contra protritam iuris regulam quod duo singularia concurrere nequeant.

Resp. Etenim tritum illud & vulgare Doctorum axioma, *quod duo singularia circa eandem rem concurrere nequeant*, merum est Dd. figmentum, nec ullum in iure habet fundamentum: Non sane *in d. l. 1. C. de dot. prom.* fundatur: Illic enim dotis promissio non ideo non valet, quia nudo pacto fuerat facta, sed ideo potius quia mulier, quæ incertam dotem promiserat, vel minimum quid dotis nomine dare sicque obligatione liberari, possit.

Ad Decimum Respondetur negando consequentiam: Nam ex contumacia dicitur æstimatio crescere quando propter contumaciam affectioni indulgetur, eamq; æstimare iureiurando actori permittitur *d. l 8. ff. de in lit. iur.* ubi sic contumacia puniri dicitur, ut res non quanti est, sed quanti arbitrio domini per iusiurandum in litem æstimata fuerit, præstetur.

Sic etiam *Postremum* non admodum urget, quod nempe rem ex affectione ultra veritatem seu verum eius precium iureiurando æstimare, sit peierare, quia qui rem iureiurando ex affectione sua æstimat, licèt de vero eius precio non iuret, iurat tamen de vera sua affectione, quam in rem habet tanti scilicet eam esse; ac proinde non peierat, sed verè iurat.

Hinc itaq; relucet iusiurandum quoddam in litem affectionis esse, secus quam Corasius & Lyclama statuunt.

Cæterum Antonius Faber *16. coniect. 1. & 13.* etsi hactenus nobiscum sentiat; in eo tamen à communi & nostra discedit sententia, quod unicum esse affectionis iuramentum nullum autem veritatis contendit, sic ut ubicunque in litem iuratur, semper de affectione iuretur.

1. Quia cum per iusiurandum in litem res æstimetur quæ amplius non extat, adeoque à iudice æstimari nequit, *leg. 5. paragraph. 4. de in lit. iurand.* non possit constare, utrum secundum veritatem res sit ex vero precio æstimata; an vero ex affectione actoris.

2. Quia in *l. fin. ff. de in lit. iurand.* Paulus

Paulus expresse scribit: De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuraverit, facile non quæri; Cui consequens est leges permittere domino rem suam iureiurando æstimanti affectioni indulgere, eamque ultra verum precium æstimare.

Verum nec hæc sententia tollerari potest: 1. Quia nonnunquam res ex veritate æstimari dicitur, *l. 2. §. 1. ff. de in lit. iur.* in qua Paulus *Interdum* ait, *quod intersit agentis solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: Cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis; quanti in litem iuraverit actor.* Et Ulpianus *in l. seq. 3. Nummis*, inquit, *depositis iudicem non oportere in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisq; quod sua interest, &c.* Quare cum non semper res iureiurando actoris ex affectione æstimetur, sed interdum quanti revera est, interdum quanti agentis interest, idcirco non omne iusiurandum affectionis, sed quoddam etiam veritatis dicendum erit.

2. Accedit quod cum per iusiurandum non solum dolus & contumacia; sed interdum quoque culpa & mora æstimetur, *l. 1. l. 5. §. 4. ff. de in lit. iur.* nimis durum foret permitti rem domino pro arbitrio suo ex affectione æstimare: Quin etiam expressis textibus iuris repugnat, *in leg. 1. & leg. 8. ff. de in lit. iurand.*

Solutio contrariorum.

Nec movent valdè argumenta Antonii Fabri: Quod enim *ad primum* respondetur in iuramentis non spectandum quomodo iurare aut peierare possit actor, sed quomodo ad delationem iudicis ex dispositione iuris iurare debeat, atque ideo ex eo quod actor suæ affectioni indulgendo, secus atque oportebat, rem æstimare possit, adeoque peierare, iusiurandum hoc non poterit affectionis nominari.

Similiter nec *alterum* Fabri argumentum urget: Etsi enim leges de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, non facile quæri patiantur; Inde tamen non sequitur quod periurium istud non damnent sed permittant leges. Ut taceam quod *d. l. fin.* non de omni & quovis juramento in litem, sed de eo solùm, quod ex necessitate iuris præstatur, expresse sit concepta: Quin etiam aliquando de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri, satis particula *facilè* significat.

Quapropter his opinionibus remotis ac refutatis, sic omnino statuendum puto: *Iusiurandum in litem esse triplex Affectionis, veritatis & singularis interesse.* Quamvis enim Johannes Borcholt

Borcholt *in d. tr. de in lit. iur.* hanc opinionē reiiciat propterea quod tertia ista species *iurisiurandi interesse singularis* non sit à reliquis diversa; sed ad alterutrum illarum commodè referri possit: Ad veritatis quidem iusiurandum, si de illa iuretur utilitate, quæ verè alicui abest: Ad affectionis verò si de ea iuretur, quam actor pro suo arbitrio sibi fingere potest. Veruntamen quo minus hac ratione moveat, facit quod id quod interest non solum ab affectionis æstimatione, sed etiam ab ipso rei precio, seu ab eo quanti res est aperte discernatur in *l. 2. & l. 8. ff. de in lit. iur.* Quocirca cum iureiurando affectionis res ultra verum precium eius & ultra quam interest agentis æstimetur: Iureiurando autem veritatis res quanti revera est; relinquitur ergo, si id quod interest iureiurando æstimetur, ut æstimatur *d. l. 2. & l. 3. ff. de in lit. iurand.* tertiam esse iurisiurandi speciem, interesse scilicet singularis.

2. Et hoc etiam inde confirmatur, quod interesse precium verum rei sæpe excedat *l. 1. ff. de act. empt.* Quare iusiurandum, quo interesse æstimatur, non potest dici iusiurandum veritatis, cum hoc iusiurandum illud dicatur, quo res ex veritate æstimatur & quanti revera est.

QUÆSTIO III.

Quis deferat iusiurandum in litem?

IUsiurandum in litem defert iudex & quidem solus iudex; Adeò ut si alius id detulerit, vel eo non delato iuratum sit, nulla sit religio, nec ullum iusiurandum *l. 4. §. 1. ff. de in lit. iur.* Interim tamen in arbitrio iudicis esse deferre hoc iusiurandum, necne, ait Ulpianus in *d. l. 4. §. 2.* Et Marcianus in *l. 5. §. 1. eod. tit.* Id quod tamen post Duarenum & Gorasium *in d. l. 5.* multis impugnat Antonius Faber, *16. coniect. 17.* Contendens in iudicis arbitrio non esse an velit iusiurandum deferre.

1: Quia iusiurandum in litem nunquam, nisi ex necessitate iuris, deferri solet *l. ult. ff. de in lit. iur.* & iis solum casibus quibus aliter satisfieri non posset strictæ rationi iuris aut æquitati. Atqui iudicis potestati & arbitrio acceptum ferri non debet, quod subiicitur iuris necessitati, *l. 40. ff. de iudic.*

2. Quia iudex maximâ iniuriâ afficeret dominum, si eum cogere vellet ad rem suam iusto precio vendendam, nec illum pro arbitrio rei suæ precium dicere pateretur: At verò hoc accideret, si iudex posset iusiurandum non deferre, *l. 8. ff. de in lit. iur.*

3. Quia iudex cogitur actori reum damnare quanti in litem iuratum est. Ergo iudex cogitur actori iusiurandum in litem deferre.

4. Quia in *l. 4. §. 1. ff. de in lit. iur.* expresse Marcianus scribit, *iudicem oportere iusiurandum deferre.*

5. Quia

5. Quia per iusiurandum in litem dicitur punienda contumacia non restituentis rem domino suo *l. 1. de in lit. iur.* Et res ultra verum precium arbitrio domini æstimanda *l. 8 ff. eod.* cui consequens videtur in arbitrio & potestate iudicis non esse an velit iusiurandum deferre actori, sed ad deferendum iure ipsum teneri.

Verum graviter huic sententiæ adversatur *d. l. 4. §. 2.* in qua Ulp. expresse in arbitrio dicit iudicis esse deferre iusiurandũ necne. Eodemque facit quod Marcianus scribit in *d. l. 5. §. 1 in* verb. *licuit enim & à principio nec deferre ff. de in lit. iur.*

Et quanquam Antonius Faber respondeat in legibus modo allegatis quicquid habetur Triboniani esse, non vero Ulpiani nec Marciani; Id tamen quale sit, quivis æstimare potest: Nam enim solum divinatorium, sed satis etiam durum & violentum est,

Nec certe argumenta eius quicquam sententiæ nostræ refragantur: Quod enim primo ait, iusiurandum in litem nunquam deferri, nisi ex necessitate iuris, id sanè fundamento destituitur: Quin potius *d. l. fin. ff. in lit. iur.* contrarium demonstrat quod non omne iusiurandum in litem ex necessitate deferatur: Verba quippe ista *qui ex* necessitate *iuris in litem iuravit.* distinctionis gratia sunt addita, non declarationis: Id quod amplius etiam confirmant. *d. l. 4. §. 2. & d. l. 5. §. 1. ff. de in lit. iur.* quibus asseritur non cogi iudicem deferre. At cogeretur, si ex necessitate iuris deferretur ac præstaretur.

Non obstat etiam *secundum.* Nam quod Paulus in *d. l. 8. ff. de in lit. iur.* ait idcirco iusiurandum in litem actori deferri, quia non sit æquum precio quanti res sit dominum cogi litem seu rem suam æstimare: Id non probat quod iudex ab initio cogatur iusiurandum deferre actori; sed quod, si detulerit iudex iusiurandum, non compellatur actor eo iureiurando rem ex veritate æstimare eamque contumaci detentori suo precio vendere, sed concedatur ipsi actori arbitrio suo precium rei suæ statuere *d. l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.*

Non obstat *Tertio* quod iudex cogatur actori damnare reum quanti in litem iuratum est: si enim detulerit iudex iuramentum in litem, cogitur id sequi, nisi magna caussa aliud suadeat: Ab initio verò illud deferre minime cogitur.

Ad *Quartum* Resp. Quod *in d. l. 4. §. 1.* dicitur iudicem oportere iusiurandum in litem deferre, id verba subsequentia eiusdem legis sic intelligi suadent, quod nempe si omnino deferendum sit iusiurandum, quod tum illud non alius, quam iudex, deferre queat.

Ad *Quintum* Respondetur consequentiam negando, quia si dela-

tum sit iusiurandum in litem, tum contumacia punienda est & arbitrio domini res æstimanda: A principio vero iudex illud deferre præcise & absolute non cogitur. Hugo Donell. *in comm. ad l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* quem novissimè sequitur Setzerus *de iuram. lib. 5. c. 3. n. 6.* circa propositam quæstionem distinguit; ut siquidem de dolo & contumacia rei non restituentis liquidò constet, cogatur iudex iusiurandum istud deferre: Sin minus tum sit in arbitrio eius deferre iuramentum, vel non. Atque de hoc posteriori casu accipi debeant *d. l. 4. §. 2. & d. l. 5. §. 1.*

Sed distinctio hæc tolerari non potest 1. Quia nullum habet in iure fundamentum, nec ex prædictis legibus ullo modo deduci potest. 2. Quia cum iusiurandum in litem affectionis continet pœnam contumaciæ *l. 1. & l. 8. ff. de in lit. iurand.* non prius ei locus est, quàm de dolo & contumacia constet, cum nulla decernatur & intelligatur pœna nisi reus convictus sit criminis.

Quapropter rectius, meo iudicio, distinguit Borcholt, ut si reus rem adhuc possideat eiusque restituendæ facultatem habeat, ex contumacia v. non restituat, liberum sit iudici iusiurandum deferre actori vel rem possidenti manu militari auferre: Sin vero desierit possidere dolo malo sic, ut non amplius in potestate eius sit domino rem restituere, tum demum iudex ad iusiurandum affectionis deferendum compellatur: Cum hoc casu æstimatio præstanda sit actori, alia a. æstimatio, sine manifesta iniquitate & iniuria actoris præstari nequeat, nisi ea quam ipse dominus iureiurando in litem definierit *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9 ff. rer. amot. l. 68. §. si vero non potest. ff. de R. Vindicat. l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* Atque hac distinctione facile conciliantur & in cōcordiam rediguntur textus supra adducti. Quibus n. ll. dicitur in potestate & arbitrio iudicis esse iusiurandum non deferre, illæ de eo casu, quo reus adhuc rei restituendæ facultatem habet intelligi debent: In quibus verò dicitur iudicem oportere iusiurandum deferre, ut in *l. 68. vers. si verò non potest. ff. de R. Vindicat. l. 4. §. 1. ff. de in lit. iur.* illæ omnes de eo casu sunt accipiendæ, quo amplius rei restituenda facultatem reus non habet: Nec ullam iniuriam facit actori iudex, quando iusiurandam ei non defert, sed rem, quam reus non vult restituere manu militari aufert, eamque actori restituit; siquidem hoc casu suum recipit, nec illud vendere possessori cogitur: Nec obstat quod hac ratione contumacia maneret impunita; siquidem penes iudicem est, an eam punire, an vero impunitam relinquere velit. Et sane hanc nostram distinctionem aperte confirmat *l. 68. ff. de R. Vindicat.* in qua Ulpianus.

Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere siquidem habet rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur.

Equidem non ignoro Antonium Fabrum *16. coniect. 17.* istam legem *68.* totam, ut spuriam, & à Triboniano sub nomine Ulpiani suppositam, reiicere: Verum quam ineptè & absurdè, quilibet iudicare potest. Quod enim negat manu militari posse rem possessori contumaci auferri, id sane pluribus legibus repugnat.

Sic enim Ulpian. in *l. 3 pr. ff. Ne vis fiat. Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa & non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis nolet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suæ potestatis exequi oportere decretum suum nonnunquam etiam per manum militarem.* Et in *l. 1. §. 2 ff. si ventus nom.* idem Ulpian. *Necessariò prætor adiecit: ut qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere: Coget a. eum decedere non prætoria potestate vel manu ministrorum: sed melius & civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.* Et Papinianus *in l. 36. de liberali causa. Dominus qui obtinuit, si velit servum suum adducere litis æstimationem pro eo accipere non cogetur.*

Nec obstat quod, ut manu militari alicui res auferatur, id citra vim & impressionem, quam semper exosam habet legislator, fieri nequeat. Respondeo: Etsi enim vim exosam habeant leges: Id tamen non de ea vi, qua ad iuris executionem utitur magistratus sed de ea quam privatus privato intentat, intelligi debet. Hoc sane innumeris legibus confirmatur. Et quid obsecro ius sine executore? At exequi sententiam suam vix possit magistratus, si tali violenta impressione ipsi interdictum essent.

Rursus non impedit quod legibus aperte sit cautum ne unquam omnino in privatis negotiis privatorum vel tuitio militaris, vel executio tribuatur *l. 1. C. de offic. milit iudic.*

Respondeo: Nam per manum militarem in legibus supra adductis non significatur impressio violenta, quæ fiat per milites sed ea quæ fit manu ministrorum *l. 1. §. 2. ff. Ne vis fiat.*

Non refragatur præterea quod ab executione non sit incipiendum, nec executio præcedere debeat condemnationem *l. 1. C. de Execution. rei iudicat.* At præceptum illud iudicis, rem restituere iubentis, non sit condemnatio, sed arbitrium, quod præcedere debeat condemnationem. Igitur manus ista militaris, arbitrium inse-

insequens, condemnationem præcederet atque sic ab executione initium fieret.

Resp. Quod enim dicitur initium non debere fieri ab executione, nec executionem debere præcedere condemnationem, id de executione sententiæ accipiendum: At manus militaris non est executio sententiæ, sed arbitrii.

QUÆSTIO IV.

An Judex iuriiurando possit taxationem adiicere?

PORro sicut in arbitrio iudicis est iusiurandum deferre vel non; ita quoque in eiusdem potestate est, ne fortassis actor immoderate atque in immensum iuret, iuriiurando certam taxationem adiicere, ac summam certam præfinire ad quam usque iuretur. Id quod textibus satis dilucidis confirmat Ulpianus *in l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* in qua *Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit ut intra certam quantitatem iuretur ne arreptâ occasione in immensum iuretur, quæro? & quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum necne, constat. An igitur qui possit iusiurandum non deferre & taxationem iuriiurando adiicere, quæritur? Arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc congruit.* Idemque Ulpianus in *l. 3. §. 2 ff. ad exhib. præterea* ait *in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante.* Et Marcianus in *l. 5. §. 1. ff. eod. Sed iudex potest præfinire certam summam usque ad quam iuretur, licuit enim & à primo nec deferre.* Utuntur scilicet JCti argumento à maiori ad minus: Cui enim conceditur id quod plus est, ei non denegatur quod minus est: Atqui iudici conceditur ab initio non deferre iusiurandum, quod plus est: Ergo taxationem eidem adicere multo magis concedendum erit. Quin & Paulus in *l. 18. ff. de dolo malo* idem confirmat: *Ideo autem* inquiens *& hic & in metus causa actione, certa quantitas non adiicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari quanti actor in litem iuraverit: Sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari.*

Cæterum Antonius Faber textibus hisce minime motus, seriò contendit, iudici fas non esse ab initio taxationem adicere iuriiurando.

1. Quia innumeris in textibus dicitur reum tanti damnandum esse, quanti adversarius in litem iuraverit *l. 18. ff. de dolo l. 25. §. 1. ff. solut. matrim l. 8. §. 1. ff rer. amot. l. 8. ff. de in lit. iur. cum similibus.* Vnde sequitur taxationem non posse adiici iuriiurando.

2. Quia in *l. 8, §. 2. ff. de in lit. iur.* dicitur in infinitum iurari posse. At in infinitum non iuraretur, si taxatio ab intio adderetur.

3. Quia

3. Quia in *l. 68. ff. de R. Vindicat.* Ulpianus diserte scribit: *Si is, qui rem domino restituere iussus est, non possit restituere, si quidem dolo fecerit, quominus possit, damnandum eum esse, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit.*

4. Quia in *l. 8 ff. de in lit. iur.* Marcellus scribit, æquum esse arbitrio domini precium statui. At non æstimaretur res arbitrio domini, si iudex posset taxationem adiicere.

Sed hæc tamen fundamenta, quantumvis ab initio speciosa appareant, non tanti sunt momenti, ut quenquam à priori sententia dimovere debeant: Quod enim hinc inde legitur in jure, reum tanti esse damnandum, quanti adversarius in litem iurarit; Id sic accipiendum, ut tunc procedat, cùm sine iudicis taxatione iuratum est; tum enim tanti damnandus est reus quantum iuraverit actor. Quod si autem iudex taxationem, ut potest, adiecerit, tum siquidem iuxta illam taxationem ad summam præfinitam iuraverit actor, condemnandus etiam est reus quanti iuratum est: At si taxationem istam & summam præscriptam ac præfinitam excesserit iureiurando, tum non quanti iuratum est, sed ad summam solum præscriptam condemnari debet reus. Hæc vero sententia haut obscure colligitur ex legibus ante adductis.

Sic etiam Secundum Fabri argumentum ex *d. l. 4. §. 2.* desumptum, parum sententiæ nostræ obstat: Nam & ibi, quod dicitur *in infinitum iurari posse*, sic intelligendum, si nulla taxatio fuerit à iudice adiecta: Id quod ex verbis statim & in continenti sequentibus plus satis relucet, subiicit n. *sed an modum iuriiurando statuere possit Iudex quæritur?* Ad quam quæstionem respondet JCtus; Id per omnia congruere bonæ fidei iudiciis.

Pari modo nihil detrahit opinioni nostræ, *l. 68. ff. de R. Vindic.* Nam, ut bene Donellus monet, verba illa, *sine ulla taxatione* non ad iudicem damnantem, sed ad actorem iurantem referri debent, ut hoc velint, quòd cùm actor sine ulla taxatione iudicis, hoc est, nulla taxatione à iudice adiectâ, iuraverit in litem, tanti reus sit damnandus quanti in litem iuratum est.

Postremo ad rem non facit *d. l. 8. ff. de in lit. iur.* Quandoquidem arbitrium illud, cuius meminit, non est arbitrium immoderatum, sed arbitrium boni viri, quod iusti iudicis iustum & æquum moderamen minimè excludit. *d. l. 4. & d. l. 5. ff. de in lit. iur.*

Hanc porro taxationem iudicis existimant Udalricus Zasius in *l. 5. ff. de in lit.* & Andr. Alciatus *in tr. de eo quod interest, n. 24.* Duplum veræ æstimationis excedere non posse propter novam Justiniani constitutionem in *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int.* à quo tamen pleriq; neo-

neotericorum recedunt. Et recte: Quoniam ista Justiniani constitutio solum de taxatione & moderamine eius quod interest loquitur, quod certe cum æstimatione iurisiurandi in litem vel nihil, vel parum habet commune: Siquidem in iureiurando in litem non spectatur quanti intersit actoris, sed quanti iuratum sit *l.46.ff.de iudic.l.2.§.1.l.8.ff.de in lit.iurand.l.68.ff.de R.Vindic.*

QVÆSTIO V.

Cui deferatur iusiurandum in litem?

DEfertur hoc iusiurandum in litem soli actori: Non tamen invito illi, sed volenti: siquidem omne iusiurandum in litem pertinet ad favorem actoris; Maximè vero illud, quod affectionis dicitur quo ipsi permittitur pro suo arbitrio rem suam ultra verum etiam precium æstimare, *l.1.l.8.ff.de in lit.iur. l.9.ff.rer.amitt.* quare delatum licite atque impune recusare poterit actor, cùm & alias cuivis licitum sit favori pro se introducto renunciare *l.pen.C.de pact.* Unde quod *in l.4.§.1.ff.de in lit.iur.* scriptum est, adolescentem, si velit iurare in litem posse, non ita accipiendum est quasi conditio illa *si velit* sit conditio illius adolescentis, sed quod sit conditio iurisiurandi: Ut nempe adolescens iurare possit, si velit; Non quia adolescens sit: sed quia hæc est natura iurisiurandi in litem ut suscipiatur, si quis velit: prout hæc recte & latè Donellus explicat in *l.ult.ff.de in lit.iur.*

Non adversatur huic quod in *l.fin.ff.d.tit.* dicitur in litem ex iuris necessitate iurari. Primo enim loquitur *illa l. fin.* de jurejurando in litem veritatis, quod quoniam tum demum defertur, cum res, quæ post moram amplius non extat, à Judice æstimari nequit *l.5.§.fin.ff.de in lit.iur.* ex necessitate quodammodo præstatur. Non quidem ex necessitate juris publici; quoniam id juramentum præstandi necessitatem ius publicum actori minime imponit, sed solum ex necessitate iuris privati, hoc est, ea quam non jus Civile, sed ratio privati iuris sui tuendi actori adfert, eò quod aliter ius suum salvum habere non possit. At in iuramento affectionis, nec ius publicum, nec privatum ullam necessitatem imponit actori rem suam per iusiurandum in litem ex affectione æstimare.

Alia certe ratio est iurisiurandi quod non est in litem sed ab adversario defertur, quod, nisi referatur, sine iusta causa recusari nequit, *l manifestæ ff. de iureiurand.* quoniam etiam ad commodum pertinet deferentis, cuius interest maximè id suscipi ut citius & sine molestia atque sumptu à lite discedatur. Sed & necessarium iusiurandum, quod Judex parti defert, susci-pi & iudicis & partis interest. Judicis quidem, ut in dubia causa habeat quod sequatur: Adversarii vero, ne

ro, ne quid in dubia causa temerè adversus eum à Judice sine iureiurando statuatur.

Quare ex his relinquitur iusiurandum in litem affectionis, non nisi volenti, domino deferri: sed tamen nec cuivis domino illud deferri ius permittit; sed illi duntaxat, qui dominus est litis, hoc est qui iudicio egerit & litem sit contestatus, *l. procuratorib. l. Nulla C. de procur.* Quin etiam nec omni, qui dominus sit litis, verum qui suo nomine litem sit contestatus *l. Vulgo 7. ff. de in lit. iur.*

Hinc igitur procurator, etsi litis contestatione Dominus litis, evadat *d. l. procuratoribus & d. l. Nulla,* quia tamen non suo, sed Domini sui nomine litem contestatur, ad iusiurandum in litem non admittitur. Huius autem porro ratio hæc est, quod si procurator iuraret in litem, deberet de domini sui affectione iurare, *l. 8 ff. de in lit. iur.* At hæc nō ipsi, sed soli domino potest esse cognita, Donell. *in d. l. 4. pr. ff. de in lit. iur.*

Quod si tamen procurator speciale à Domino mandatum haberet de in litem iurando simulque à Domino, quæ nam eius & quanta esset in rem illam, de qua iurandum est, affectio intellexisset; ratio profecto nulla esset, quæ talem procuratorem iurare impediret. Is n. si iuraret, intelligeretur ipse Dominus iurare, arg. *l 13 ff. de iureiur. iuncta l. quod quis ff. de R. iur.* Jurare etiā de affectione domini, quæ non minus atq; Domino ipsi, explorata foret.

Idem quod de procuratore dictū est, de matre quoq;, quæ tutrix non est asserendū videtur. Quod nempe liberorum nomine iurare non possit, nisi speciale ad hoc mandatū habeat & ipsi simul de affectione liberorum, quam in rem suam habeat exactè constet, quanta & qualis illa sit ob eam rationem, quam modo in persona procuratoris idem efficere diximus.

Diversa est ratio tutoris & curatoris: Hi enim, quoniam in reb. minorum administrandis dominorū sunt loco *l. 1. §. ult. l. tutor qui tutelam ff. de admin. tut l. qui fundum §. si tutor ff. pro emptore l. Interdum §. qui tutelam ff. de furt.* idcirco, si voluerint, ipsis de reb. minorum iurare in litem permittitur *l. 4. in pr. ff. de in lit. iur.* Inviti tamen iurare non compelluntur ex ratione ab Ulpiano ibidem assignata; quod nempe grave & iniquum videatur invitos cogi, sub alieni compendii emolumento, periurium anceps subire.

Permittit vero Ulpianus tutoribus & curatoribus iurare in causa tutelari in *l. 4. pr.* ubi per tutelarem causam vulgo Interpp. Accursium secuti, intelligunt causam, in qua de tutela agitur, sine qua pupillus adversus tutorem agit tutelæ.

Sed male uti his argumentis sane evidentissimis evincit Donellus 1. Quod constante tutela non possit cum tutore agi tutelæ iudicio; sed

ſed demum tutelâ finitâ *l.4.l.9.§.2. ff. de tutela & rat. diſtr.* 2. Quia in ea actione tutor non eſt actor, cui deferatur iusiurandum in litem, ſed eſt reus, adverſus quem in litem iurari ſolet. Proinde rectius ipſe Donellus tutelarem cauſam hoc loco interpretatur illam quæ quidem exercitione ſit tutoris, ad tutelam tamen, ſeu ad rationem & adminiſtrationem tutelarem pertineat, ut ſi cauſa pupilli quidem ſit emolumento, ſed quam tutor, ut tutor, id eſt pro ratione officii & tutelæ, exerceat iuxta *l.1.§.final. Inſt. de admin.tut.*

Sed quomodo tutori & curatori de affectione ſui pupilli, aut adulti conſtare poteſt, ut de illa iurari poſſint? Equidem certi quid de affectione illorum vix poterunt habere exploratum; Maximè tutores, cum ut nunc ſubiiciemus, vel idcirco ipſi impuberes iurare impediantur, quod vel nulla ſit illorum in rem petitam certa affectio, aut illa ſit immoderata. Et quidem Udalricus Zaſius in *l.4.n.6.ff. de in lit. iur.* exiſtimat tutores & curatores nomine ſuorum pupillorum vel adultorum in litem iurantes, iurare debere rem illam, quæ petita eſt, talem, vel talem utilitatem potuiſſe afferre pupillo, ſi eſſet opportune reſtituta: Id quod poſſit tutor ſalvâ conſcientiâ iurare, ut cui probe cognita ſit conditio rerum pupillarium eiuſdemque officium ſit utilitatem pupilli curare.

Quæ ſententia Zaſii propterea recipienda non videtur, quia tale iuramentum non eſſet affectionis, nec ex affectione, ſed ex veritate veraque utilitate, quam ex re petita pupillus percepturus fuiſſet rem æſtimaret. Gloſſa putat tutores & curatores pupillum in hac vel illa ſumma nolle carere hac re, quæ non reſtituitur: ſed reiicit Zaſius in præcitato loco iſtam iurandi formam; quod eo modo iurare nil foret aliud, quàm ex affectione pupilli rem eius æſtimare: Cum tamen pupilli nulla ſit affectio, aut certe non moderata affectio, *l. pupillus ff. de Acquir.* Bartolus hanc tutoribus iurandi formam præſcribit, ut videlicet iurent, ſi ipſi eſſent eius conditionis cuius pupilli & ſi eſſent loco pupilli, nolle ſe pro tanto, vel tanto carere iſta re.

Quæ & ipſa tamen iuramenti formula diſplicet Zaſio: Tum quia ſi eſſent tutores in loco pupilli, carerent affectione. Tum etiam quod textus *d.l.4.* ſignificet omnia eſſe æſtimanda ad utilitatem pupilli, ergo non ad utilitatem tutoris.

Sed tamen his rationibus Zaſii nihil obſtantibus videtur mihi hæc ipſa formula omnium commodiſſima omninoque retinenda, ſi modò recte & ita, ut Bartolus eam intellexiſſet, accipiatur.

Hoc autem proculdubio voluit ac ſenſit Bart. quod tutores nomine pupilli de re pupillari ex affectione iurantes debeant affectionem,

nem, quam pupillus habere debe-ret, aut habiturus esset in rem suam si qua eius foret affectio, metiri & æstimare ex affectione sua; sic, ut iurent tantam se putare pupillum habere debere aut habiturum esse in rem istam affectionem, quantam ipsimet tutores in eandem rem haberent, si essent loco pupilli hoc est si essent Domini rei illius sibique res ea ex affectione æstimanda foret: Non verò, ut Zasius verba ista Bartoli male accepit, si tutores essent in ætate pupillari constituti. Atque hoc modo si iuret tutor, palam est iuramenti istius omnia ad solius pupilli utilitatem & commodum referri non vero ad tutoris, vel ullius alterius.

Ut porro Dominus litis, quiq; suo nomine litem contestatus est, de affectione sua iurare possit in litem, amplius requiritur ut is eo sit præditus iudicio, quod satis sit ad rem ex affectione moderata æstimandam.

Quapropter furiosis mente captis & prodigis, quoniam omni iudicio & animi intellectu destituuntur, hoc maximè iuramentum affectionis non committi, expeditum est. Itemque de impuberibus, qui & ipsi iudicii inopia & imbecillitate laborant asserit Ulpianus in *d. l. 4. pr.* Est quippe hoc iuramentum, de quo loquimur de re æstimanda, quam impuberes pro ætate rectè æstimare ignorant, quoniam nec veram æstimationem rerum suarum satis norunt: Et si de affectione illorum quæritur, aut illorum nulla est affectio in rem petitam, aut immoderata nec sensu utilitatis aut commoditatis, quæ inde percipi potest, regitur Donell. in *d. l. 4. num. 3.* Addit tamen Ulp. in *d. l. 4.* expresse hanc conditionem, *si impuberes sint:* Quæ non ita intelligenda est, quasi Ulpianus velit quosdam pupillos esse, qui impuberes sint, quosdam vero qui puberes; atque illis iuramentum in litem denegari: His vero concedi: Omnes siquidem pupilli impuberes sunt *l. pupillus de V. sign.* Quare id videtur sensisse JCtus quod cum non solum pupillus dicatur qui revera est pupillus, sed etiam interdum ἀναφορικῶς is qui fuit pupullus sed pubertate desiit pupillus esse *l. si tutor. post. l. cum pupillus ff. de tut. & rat. distr.* non huic, sed illi, qui adhuc est impubes in litem iusiurandum denegetur. Donellus in *d. l. 4.* Sunt etiam qui particulam (si) hoc loco idem quod (quia) denotare & non conditionem sed rationem significare existiment, quare pupillus iurare in litem nequeat, qui scilicet impubes sit: uti hæc particula (si) in iure nostro pro (quia) interdum poni satis probat *l. qui Romæ §. Agerius ff. de V. O.*

Diversum in adolescente receptum esse Ulpianus dicit in *d. l. 4. pr.* Hunc enim si velit in litem iurare, posse

re, posse dicit; Idq; propterea quod plus iudicii sit in adolescente, quam in impubere tantumque iudicii is habere intelligatur, ut de re sua æstimanda rectè statuere possit.

QVÆSTIO VI.

An de lata culpa in litem iuretur?

QVibus iusiurandum in litem deferatur, dictum fuit proxima quæstione; Sequitur nunc ut videamus adversus quosnam in litem iuretur? Qua in re hæc tenenda est regula: adversus eos in litem iurari, qui rem, quam detinent, iussi Domino suo restituere, vel exhibere, iudici non parent *l. 2. §. 1 ff. de in lit. iur.* Sed hoc ita, si dolo malo id faciant; Non etiam si culpa *l. 5. §. 3 eod. tit.* ubi Marcianus *sed & in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: Hac enim iudex æstimat.* Cæterum dolus est duplex, præsens & præteritus: Ille tum committitur, quando is, qui possidet, habetque rei restituendæ facultatem iussus à iudice restituere, non tamen restituit: Qui dolus propriè contumacia appellatur *l. 1. l. 2. §. 1. l. 8 ff. de in lit. iur.* Præteritus verò dolus committitur, cum reus tunc quidem, cum iubetur restituere, rem non possidet; adeoque dolo non facit, quod non restituit, ut qui restituere nequeat; sed tamen prius dolo fecit, quo minus iam restituere possit: Hic dolus, etsi proprie non sit contumacia: Tamen pro contumacia habetur: Quamvis enim revera non possideat, qui possidere desiit, iuris tamen interpretatione possidere censetur, *l. qui dolo l. Parem ff. de R. jur.* Quare & hic dolus, perinde ut vera contumacia, iureiurando affectionis punitur & coercetur, *l. 16. § 3. ff. de pignor. l. 68. ff. de R. Vindicat. l. 25. § 8. ff. de petit. hered.* Ob culpam, ait Marcianus, in litem non iuratur *d. l. 5.* Id quod intelligendum de levi & levissima culpa. De lata enim culpa, non minus in litem iuretur atque de dolo.

1. Quoniam lata culpa etiam in delictis doli appellatione venit, & est dolus præsumptus, atque ut dolus vindicatur *l. 1. §. fin. iunct. l. quod Nova ff. deposit. l. 1. §. 1. ff. si mensor. falsf. mod. dix. l. 11. §. 3. ff. de his qui not. infam.* Atqui ob dolum in litem iuratur *d. l. 5. §. 3.*

2. Quia Imperator Severus clare atque perspicue testatur de lata etiam culpa in litem iurari, *l. 2. C. de in lit. iurand.* Is qui rationem tutelæ, seu curæ reposcit invitus in litem iurare compelli non potest, sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta tutelaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincitur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet; quæ etiam argu-

mentis

mentis liquidis investigari potest: Ex hoc Imperatoris rescripto plus satis liquet adversus heredes tutoris in litem iurari, si vel dolus eorum vel lata culpa eorum convincatur. Nec audiendus hic est Julius Pacius, qui cent. 3. q. 90. asserit in favorem pupilli hoc specialiter receptum in actione tutelæ quæ adversus tutorem intentatur ut adversus heredes tutorum in litem iuretur: Aliàs regulariter in litem non iurari ob solam culpam: Prætertquam enim quod assertionis suæ fundamentum penitus nullum adducat adversantur ipsi textus superiores quibus tam in delictis quàm in contractibus latam culpam pro dolo accipi & vindicari admodum evidenter docetur.

Verum graviter huic adversatur *l. 4. §. fin. ff. de in lit. iurand.* in qua Ulpianus ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat, sed æstimationem à iudice faciendam. Atqui culpa lata etiã est culpa: Proinde quod illic de culpa in genere asseritur, idem quoque de lata culpa accipiendum est.

2. Eodem quoque facit quod Marcianus in *leg. 5. §. 3 ff. de in lit. iurand.* scribit; In bonæ fidei iudiciis ob solum dolum in litem iurari non etiam ob culpam. Dum enim particulâ *solum* exclusiva utitur & insuper expresse addit *non etiam ob culpam in litem iurari* satis aperte significat ob latam culpam in litem iurari.

3. Accedit his quod Paulus in *l. 2. ff. eod tit.* scribit: Cum dolo aut contumacia non restituatur res possessa solere in litem iurari: Unde colligitur in litem non iurari quando non dolus nec contumacia, sed culpa solùm in re non restituenda aut non exhibenda punitur.

Solutio contrariorum.

Sed his non obstantibus, verior est contraria opinio, quod scilicet etiam ob latam culpam non minus atque ob dolum in litem iuretur, quæ sane luculenter fundamentis supra adductis confirmatur. Nec contrarium probant argumenta modo adducta: Quod enim in *d. l. 4. §. fin.* dicitur ex culpa iusiurandum in litem non deferri, id non de lata, sed de levi & levissima culpa accipiendum est: Tum quia culpæ nomine absolute posito, levis culpa significatur, arg. *l. 5. ff. Commodati* & communis est Interpp. opinio: Tum etiam quia & aliàs quoties in iure culpa opponitur dolo, prout in præsenti quoque materia accidit, *l. 5. pr. ff. de in lit. iurand.* toties verbo culpæ, quantumvis generaliter posito non lata, sed levis solum & levissima culpa significatur; quandoquidem tunc lata culpa appellatione doli, non autem latæ culpæ comprehenditur per textus paulo supra adductos.

Pari modo non adversatur *d.l.5.* §.*3.* Quamvis enim particula taxativa *solus* addatur dolo, per eam tamen culpam latam non excludi satis comprobat *l.1.§.fin.junct.l.32. ff.deposit.l.1.§.1.ff.si mensor falsum mod.dix.* Idem plane ad tertium ex *d.l.2.§.1.* desumptum respondendum est. Et hæc quidem ita de culpa lata; De *levi* & *levissima* constans & consentiens est Interpp. nostrorum opinio, de illis in litem non iurari. Excipiunt quidem nonnulli tutorem, adversus quem in actione tutelæ, etiam ob levem culpam in litem iurari soleat, *arg.l.4. C.de in lit.iurand.* Sed malè profecto & perquam imperite; quoniam contumaciam & dolum tutoris coerceri in litem iureiurando docet *lex.8.ff.de in lit.iurand.* Atqui frustra & otiose lex mentionem faceret contumaciæ & doli, ac perperam levis culpæ mentionem supprimeret, si de levi culpa æque, atque de dolo adversus tutorem iuraretur.

Nec contra quicquam facit *d.l.4.* ubi Gordianus Imperator sic alio iure vult esse tutorem & alio tutoris hæredes non ut adversus hos ob dolum & latam culpam in litem iuretur; adversus illum vero etiam ob levem culpam; sed ne adversus tutorem iuretur si non proferat inventarium cæteraque instrumenta, quoniam hoc ipsum dolo malo facere præsumitur: Adversus heredes vero ipsius, si aperte dolo malo in hereditate inventa non exhibeant.

QVÆSTIO VII.

In quibus actionibus locum habeat iusjurandum in litem & in specie de actionibus in rem?

Videamus nunc quibus in actionib. locum habeat iusiurandum in litem? Et ait Marcianus: In actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur. Et Ulpianus hanc sententiam dicit generalem esse & ad omnia sive interdicta sive actiones in rem, sive in personam sint ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur locum habet. *l.68 ff.de Rei vindicat.* De his nunc singulis ordine dicemus, & primo quidem de in rem actionibus. Et quidem quod ad Rei Vindicationem attinet, dubium de ea nullum est quia iusiurandum hoc in litem admittat non solum propter textus expressos modo adductos, quibus id clarè significatur; sed etiam quia hac actione non agit nisi dominus rei, qui rem suam ab alio possessam sibi restitui petit, *§.1. I.de act.l.23.ff.de R. vindicat.iunct.l.36.eod.tit.* Cui si non permitteretur iureiurando in litem rei suæ pro suo arbitrio precium statuere, cogeretur invitus re sua carere aut iusto precio illam vendere contra quam æquitas suadet *l.8.ff.de in lit.iur.l 9 ff.rer.amot.*

De Publiciana actione idem admittit Antonius Faber, quia etsi is qui illam exercet, non sit dominus tamen fingatur rem, quam perse-

ſequitur uſucepiſſe eiuſque dominus extitiſſe, §. *Namq; 4. l. de Act.*

At de ceteris in rem actionibus, quibus rem non noſtram perſequimur, & in ſpecie de *hypothecaria* actione, qua pignora ſua creditor perſequitur, hoc idem diſerte negat & purgat *16. coniect. 15. Et in Error. pragm. 18. Err. 1.* Movetur autem in hanc ſententiam hac potiſſimum ratione, quod iusiurandum in litem affectionis nemini niſi domino de re ſua ſibi reſtituenda competat *l. 7. & l. 8. ff. de in lit. iurand. l. 9. ff. Rer. amot.* Creditor autem qui hypothecariâ agit non ſit dominus rei oppignoratæ; adeoque omnes illæ rationes, quibus iusiurandum in litem affectionis nititur, in hypothecaria manifeſte deficiant.

Veruntamen huic opinioni Antonii Fabri claris & perſpicuis verbis contradicit Marcianus in *l. 16. §. 3. ff. de pignor.* ita ſcribens: *In vindicatione pignoris, ſi poſſeſſor dolo quidem poſſidere deſierit, ſumma vero ope niſus non poſſit rem ipſam reſtituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, ſicut in* CÆTERIS *in rem actionibus.*

2. Accedit quod & Ulpianus *l. 68. ff. de R. Vindic.* poſtquam dixiſſet in rei vindicatione in litem iurari, ſubiiciat in continenti: *Hoc generale eſſe & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam, ex quibus arbitrio iudicis quid reſtituitur, locum habere.*

3. Quia & Marcianus *in l. 5. pr.* generaliter definit in actionibus in rem in litem iurari.

Cui ſententiæ tot iuris teſtimoniis perſpicuis munitæ & confirmatæ nihil adverſatur contrarium Antonii Fabri fundamentum. Ut enim is, qui hypothecariâ agit, quique cæteras ei ſimiles in rem actiones exercet, non ſit dominus rei ipſius, dominus tamen eſt iuris in re ſibi conſtituti: ſic creditor licèt non ſit dominus rei oppignoratæ, dominus tamen eſt iuris in re ſibi conſtituti; Idque ipſum ius etiam hypothecariâ actione perſequitur: Creditor quippe hac actione rem non ſimplicitur perſequitur, ſed tanquam ſibi oppignoratam. Huius itaque iuris ſui cùm ſit dominus creditor, æquum eſt ipſum quoque precium eius rei ſuo arbitrio ſtatuere. Donellus *in l. 5. pr. n. 2. & 3. ff. de in lit. iur.*

QUÆSTIO VIII.

An in actione ad exhibendum in litem iuretur?

QVod de in rem actionib. modo dictum fuit, idem quoque in actione ad exhibendum obtinere expediti eſt iuris: Sic enim Marcianus in *l. 5. pr. ff. de in lit. iur.* In actionibus in rem & in ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur. Et Paulus in *l. 2. ff. eod.* Sive noſtrum quid petamus, ſive ad exhibendum agatur, in litem iuratur. Itemque Ulpianus in *l. 3. §. præterea 2. ff. ad exhibendum.*

Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandũ petitoris damnari possit ei iudice quantitatẽ taxante.

Cæterum hoc plerique quibus etiam adstipulantur Anton. Faber *16. Coniect. 15.* Johann. Corasius *in in l. 5. n. 17.* & Duaren. *n. 11. de in lit. iur.* sub distinctione hac intellectum volunt; Ut siquidem dominus, rem suam vindicaturus ad exhibend. agat, in litem iurari possit: quandoquidem hoc casu actio ad exhibendum sit pro vindicatione & vindicationi viam præparet: sin vero alius, quam dominus, alia actione acturus, experiatur prius actione ad exhibendum, iurari tum minime possit, cum hoc casu ratio æquitatis quæ de affectione in litem iurare permittit, *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.* aperte deficit.

Discedit tamen ab hac sententia Donellus, qui in actione ad Exhibendum in distincte in litem iurari permittit.

1. Quia omnes textus de iureiurando in litem præstando in actione ad exhibendum, sunt generales nullamque huiusmodi distinctionem præ se ferunt.

2. Quia cum Ulpianus in *l. 3. §. 1. ff. ad exhibend.* dixisset, cum qui ad exhibendum agit, non utique se dicere dominum nec debere probare se dominum esse, cum multæ sint causæ ad exhibendum agendi; statim subiicit in *§. sequent.* | *2.* | In actione ad exhibendum reum contumacem per iusiurandum in litem damnari posse, iudicem ei quantitatem taxante.

Nec est quod quis moveatur superiori Interpretum fundamento. Quandoquidem quavis actione ad exhibendum persequitur actor aliquid quod suum est, usum nempe & copiam rei, de qua quæritur seu rei cognoscendæ & videndæ facultatem, quam & ipsam lex omnium, quorũ interest, propriam esse vult; quamvis rei ipsius Domini non sint Donell. in *d. l. 5. n. 3.*

QUÆSTIO IX.

Utrum in Interdictis in litẽ iuretur?

Insuper in interdictis quoque in litem de affectione iurari potest. Nam sic Ulpianus in *l. 68. ff. de R. Vindic.* Hæc sententia (quod scilicet reus actori damnãdus sit quanti hic in litem iurarit) generalis est ad Omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur locũ habet. Idemq; Ulpianus in *l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam.* de interdicto quod vi aut clam differens, *sed quod interfuit,* inquit *aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut si iurare nõ possit iudicis officio æstimandũ est.*

Sed & hîc contra textus apertos statuit Antonius Faber *16. coniect. 20. & in Error. pragmat. decad. 18. Error. 7.* his rationibus motus. 1. Quia omnia interdicta sunt de possessione duntaxat, & non de dominio *tot. t. l. & ff. de Interd.* iusiurandum

dum autem in litem soli domino de re sua agenti committatur, ne videlicet cogatur, vel re sua carere aut eam suo præcio vendere *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.*

2. Quia nulla edicti prætorii de interdictis pars est, quæ non det actionem in id quod agentis interest: Atqui aliquem in id quod interest damnari & cõdemnari, quanti in litem iuratum est, non modo diversa, sed etiam contraria & pugnantia sunt.

Sed quominus huic Antonii Fabri opinioni subscribam faciunt textus iuris apertissimi, quos paulo supra adduxi; ad quos eludendos non sufficiunt argumenta ex Fabro modo adducta: Ut enim concedatur, quod etiã verissimum est; Interdictis nõ dominium sed possessionem vindicari; exinde tamen minime sequitur, interdictis in litẽ minime iurari. Quis enim ignorat actione commodati, depositi & plerisq; aliis in personã actionibus rem non vindicari, nec peti dominium, sed rem solũ, ab alio possessam peti restitui? Et tamen quin iusiurandum in his quoq; locum habeat, dubium planè nullum est. *l. 3. ff. commod. l. 1. §. In depositi ff depositi.* Quapropter ut in aliqua actione in litem iurari possit, non requiritur, ut ea ad dominum vindicandum spectet utq; actor illâ agens se dominum asserat: Alioquin in actione ad exhibendum nunquam in litem iurari posset: Ut nec in actionib. depositi, locati, commodati &c: quæ ad dominum vindicandum nequaquam spectant quibusque agens non se dominum esse rei petitæ intendit; sed sufficit ut is, qui rem sibi restitui petit, dominus sit rei, licet se dominum esse non intendat: Id quod sane in interdictis recuperandæ possessionis, in quibus solis iurari posse contendimus, *d. l. 68. de R. Vind.* præsupponendum existimamus ex *l. 8. ff. de in lit. iur. & l. 9. ff. rer. amot.*

Potens Antonii Fabri argumentum satis superque refellit Ulpianus in *d. leg. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam.* in qua manifestissime docet in interdicto recuperandæ possessionis, vel id, quod interest, vel quanti in litem iuratum est, obtineri. Ex quo liquet id quod interest esse diversa non vero contraria, quæ simul consistere nequeãt maxime cum hæc in interdicto quod vi aut clam non copulative, sed disiunctive & alternative præstanda veniant.

QVÆSTIO X.

An in actionibus bonæ fidei in litem iuretur?

PORRO in litem iuratur in actionibus bonæ fidei; Id quod expressis verbis Marcianus in *d. l. 5. pr. ff. de in lit. iur.* testatur: Sed tamen non in quibusvis verum in illis duntaxat, quibus ad rei, quæ à nobis profecta est restitutionem agitur. Sic enim Marcianum Ulpian. *in l. 68. ff. de R. Vind.* interpretatur.

Proin-

Proinde in illis in quibus de re aliena nobis danda vel præstanda agitur diversum statuendum est, Quandoquidem in his deficit ratio, ob quam domino permittitur rem suam ex affectione æstimare *d. l. 8. ff. de in lit. iur d. l. 9. ff. Rer. amot.*

Nec adversatur quod ipse Ulpianus *in l. 3. ff. commot.* scribit: In commodati actione, sicut in CÆTERIS bonæ fidei actionibus in litem iurari: Nam illic verba ista *Sicut in cæteris* exaudienda sunt non infinite de cæteris omnibus bonæ fidei actionibus; sed de cæteris bonæ fidei actionibus commodati actioni similibus, quibus scilicet perinde, ut illâ, de re sua sibi restituẽda dominus agit; Id quod etiam haut obscure significat vocula *similiter*, qua illic Ulpianus utitur.

Parri modo non obstat *l. pen.* §. *1. ff. nequis eum qui in ius voc.* In qua adversus eum, qui in ius vocatum vi exemerit, dicitur dari in factum actio, qua non id continetur, quod in veritate est, sed quãti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Cum a. fieri possit ut q ea actione experitur, de restitutione rei non contendat, sed pecuniam aut rem aliam sibi dari tradive postulet, concludendum videtur ex *d. l. pen.* iusiurandum in litem etiam in illis actionibus locum habere, quibus non agatur de restituendo, sed de dando.

Verum, ut dixi lex illa pen. nihil nobis adversatur: Non enim concedendum est quod de æstimatione iurisiurandi in litem affectionis loquatur: Cum ut ibidem statim Ulpianus subiicit, pœnam illam (scilicet æstimationis illius quam ipse actor fecerit) etiam calumniatorem consequi: At vero iusiurandum in litẽ affectionis nunquam datur calumniatori, sed domino *l. 7. ff. de in lit. iur.* Et quidem ex ea ratione, quæ in calumniatore nunquam obtineat, ne ob adversarii contumaciam invitus cogatur re sua carere, neve iusto precio rem suam dominus vendere compellatur *d. l. 9. Rer. amot. l. 8. ff. de in lit. iur.* Anton. Fab. *in Rat. ad d. l. pen.* Rectius itaque post Fulgosium Duarenus & Corasius *in d. l. 5.* præcitatam *l. pen.* interpretantur de ea summa, quæ ab actore in libello petita est, licet vocatus forte illam non debuerit; quam summam pręter in pœnam illius, qui alterum in ius ductum vi exemerit, actione in factum exigi permittit.

Quapropter his obstaculis remotis relinquitur verũ, quod supra cum Ulpian. pro regula tradidimus; In *illis demũ personalibus bonæ fidei actionibus in litem iurari quibus de rę non præstanda, sed restituenda agitur.*

QVÆSTIO XI.

An in actione Empti in litem iuretur?

DE actione empti venditi, utrum in ea iusiurandum in litem

tem locum obtineat, quæstio est subdifficilis & utramque in partem à Doctoribus agitata? Mihi tamen, salvo aliorum iudicio, res expedita videtur, quod nempe in hac actione in litem non iuretur.

1. Quia in illis demum bonæ fidei actionibus in litem iuratur quibus agitur de re domino restituenda, *l. 68. ff. de R. Vind.* ut prolixè præcedenti quæstione docuimus: Actione autem empti non agi de re restituenda, sed de re danda certum & indubitatum est; quandoquidem emptor ante traditionem dominus non est, §. *vendita I. de R. divis.* & rem sibi tradi hac actione postulat §. *2. I. de donat.*

2 Quia emptor actione empti agens ut dixi, non est dominus §. *3. I. de empt. vend.* At soli domino iusiurandum in litem competit. *l. 1. & 2. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. Rer. amot.*

3. Quia ratio qua solâ nititur iusiurandum in litem in hac actione manifeste deficit *d. l. 8. de in lit. iur. & d. l. 9. Rer. amot.*

4. Hinc in *l. 4. C. de act. empt.* iudici iniungitur, ut si venditor ex procacia hoc est contumacia, nolit rem venditam præstare, ipsum actori condemnet quanti interest eius rem venditam fuisse maturè traditam: Atqui id quod interest ab æstimatione iurisiurandi in litem plurimum differre, manifestissimum est ex *l. 68. ff. de R. Vind. l. 64. ff. de iudic. l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam l. 2. l. 8. ff. de in lit. iur.*

Nec huic sententiæ contrarium est quod actione empti agatur de fide rupta; cum venditor hoc ipso, quod rem, quam vendidit, dolo malo tradere recusat, ad quam tamen tradendam ex natura contractus obligatus erat, fidem rumpere videtur: In illis a. actionibus, quibus de fide rupta agitur, in litem ex affectione iuratur *arg. l. Ei apud quem 5. ff. deposit.* Resp. Siquidem fides rupta sola non facit locum iuriiurando in litem; sed necesse est hoc etiam accedere, ut qui agit, sit dominus suamque rem sibi restitui petat *l. 7. l. 8. ff. de in lit. iur.* Id quod in actione empti deficere, modò ostensum est, ac satis per se patet. Contrarium verò, quod nempe in omnibus actionibus, in quibus de fide rupta agitur, iuretur in litem, non probat citata *l. 5.* Etsi enim in illis actionibus, in quibus de fide rupta non agitur, in litem iurari nequeat: Non tamen in omnibus actionibus, quibus de fide rupta agitur, in litem iurari potest. Duarenus & Coras. *in d. l. 5. de in lit. iur.* Adde quod fidem rumpere non is dicatur in iure nostro, qui non præstat, quod promisit; Siquidem aliàs etiam in contrariis iudiciis de fide rupta ageretur; sed is demum, qui rem alienam, quam ex bonæ fidei contractu habet à domino, non vult ei restituere, & quidem dolo malo, cum possit, aut, si fecerit ne possit: Hoc autem in actione empti deficere expeditum

peditum est Anton. Fab. *decad. 17. Error. 7.*

QVÆSTIO XII.

An in contrariis bonæ fidei iudiciis in litem iuretur?

QUod hactenus in bonæ fidei iudiciis in litem iurari dictum est, id de actionibus directis facile largiuntur omnes; Sed an idem quoque in contrariis actionibus obtineat expeditum haut videtur: Etenim Accursius in *l. si pignore. §. si. post. ff. de pign. act.* in his non minus atque in directis, in litem iurari statuit.

1. Quia actiones contrariæ directarum naturam sequuntur & imitantur; ita ut quod in directis à lege constitutum est, hoc in contrariis quoque obtineat.

2. In *l. si de pignore §. si post ff. de pign. act.* huius sententiæ optimum videtur fundamentum constitui: Nam ibi dicitur, contrario iudicio agi, si post distractum pignus debitor, qui precariò rogavit vel conduxit, pignus non restituat. Atqui adversus rem non restituentem iurari in litem certum ac indubitatum videtur *l. 1. 2. ff. de in lit. iur. l. 68. ff. de R. Vindic.* Quare in contrario quoque iudico in litem iurari dicendum est.

Cæterum quin hæc sententia falsa sit, dubium mihi planè nullum est:

Nam primò in illis demum actionibus in litem iuratur, quibus de re sua sibi restituuenda agit dominus *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. Rer. amot.* At qui agit actione contraria, non est dominus rei, quam persequitur, ut qui de expensis à se in rem alienam factis potissimum agat l. 5. ff. depositi. Vnde & fundamentum iurisiurandi in litem in hoc contrario iudicio deficit.

Secundo in illis demum iudiciis in litem iuratur, in quibus de fide rupta agitur, ut proxima quæstione dictum fuit: Atqui contrario iudicio non agitur de fide rupta sed de calculo solum. Et hoc disertè expressit Ulpianus in *l. 5. pr. ff. depositi* ubi ait: Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium depositi iudicium datur; in quo iudicio meritò in litem non iuratur: Non enim de fide rupta agitur; sed de indemnitate eius qui depositum suscepit.

Solutio contrariorum.

Hic non obstant fundamenta Accursii: Nam quod primò dicebatur contrariorum iudiciorũ eandem esse naturam quæ directorum, id verum est hactenus duntaxat, quatenus utrobique eadem est ratio, non ubi diversa: Nam nec contrario iudicio quis infamis redditur, cum directo iudicio damnatus infamia notetur §. *1. l. de pœn. tem. litig. l. furti. §. fin. ff. de his qui not. infam.* Et quoad propositum ac præsentem quæstionem diversissimam esse rationem contrarii atq; directi iudicii, ex prædictis relucet.

lucet ac evidenter probat *d. l. 5. pr. ff. depositi.*

Ad secundum quoque non est difficilis responsio: Nam etsi contrario iudicio agatur de restituendo, non tamen protenus sequitur, quod in eo quoque in litem iuretur: Ut enim in litem de affectione iuretur, non sufficit agi de restituendo; sed requiritur etiam ut de fide rupta agatur: At hoc in contrariis iudiciis non accidit *d. l. 5. pr. ff. depositi.* Deinde requiritur ut quis de re sua sibi restituenda agat *d. l. 8. de in lit. iur. & d. l. 68. de R. Vindic.* At hoc ipsum quoque in contrariis iudiciis deficere, probat *ead. l. 5. pr.*

QUÆSTIO XIII.

An in arbitrariis iudiciis in litem iuretur; & in specie de actione doli & actione quod metus causa?

IN arbitrariis quoque iudiciis in litem iurari testatur expresse Ulpianus in *l. 68. vers. Hac sententia ff. de R. Vindicat. hac sententia* (quod res æstimetur ex affectione iureiurando actoris) *esse generalem & ad omnia sive interdicta, sive in rem sive in personam sint, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* Atque hoc quidem extra omnem dubitationis aleam positum esse videtur: De eo autem maxima suboritur dubitatio, an etiam in actione quod metus causa & in actione doli quas & ipsas arbitrarias esse constat, in litem iurari possit? Antonius Faber, & qui eum ex neotericis sequuntur, contendunt in actionibus hisce in litem iurari non posse.

1. Quia si de eo quod metus causa gestum est, agatur, tum pœna quadrupli edicto ipso prætoris sit constituta adversus contumacem possessorem rem domino restituere nolentem *l. 14. §. 1. ff quod. met. Caus.* Nuspiam verò permittatur rem iureiurando actoris æstimare præterquam in *l. 18. ff. de dolo malo.* quæ à Triboniano fœdè fuerit corrupta: Sin vero agatur de dolo actione doli, tum condemnetur reus, quanti res est hoc est quanti revera interest actoris *d. l. 18.* Id a. quod interest diversum sit ab eo quanti in litem iuratum est *l. 64. ff. de iudic.*

2. Quod Marcianus in *l. 5. pr. ff. de in lit. iur.* frustrà aliàs scripsisset; in actionibus arbitrariis in rem iurari in litem; si in actionibus arbitrariis personalibus idem obtineret.

3. Quia in illis demum actionibus in litem iuratur, quibus dominus rem suam repetit. *d. l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.* per actionem a. doli & actionem quod metus causa dominus non repetat rem suam, quia traditio & venditio per metum aut dolum extorta, transfert dominium *l. 5. C. de rescind. vendit. l. 9. § licet & §. Valenti ff. quod met. causa.*

4. Quia in his actionibus deficit ratio & fundamentum iurisiurandi in litem affectionis, quod est, ne dominus rem suam invitus cogatur suo precio vendere *d. l. 8. & d. l. 9. ff. rer. amot.*

Sed his Ant. Fabri argumentis minime motus, omnino statuendum censeo, in actione quoque doli & metus in litem iurari. 1. Quia in *d. l. 68. ff. de R. Vindicat.* generaliter definitur in omnibus actionibus, sive in rem sint, sive in personam, quibus arbitratu Judicis quid restituitur, in litem iurari.

2. Confirmat hanc etiam sententiam *l. 18. ff. de dolo malo.* ibi Paulus *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur; & nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est*; Ideo autem & hic, & in metus causa actione certa quantitas non adiicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit; Quam legem frustra, tanquam absurdam reiicit Antonius Faber ex ea ratione, quod in principio illius *l. 18.* dicatur nullam certam quantitatem actione quod metus causa comprehensam esse; Cum tamẽ quantitas pœnæ, quadruplũ scilicet, manifeste fuerit edicto definita *l. 14. ff. quod met. caus.* Resp. Nam quantitas, quam negat Paulus *in d. l. 18.* edicto fuisse definitam, non est quantitas pœnæ; sed quantitas simpli, cuius quadruplum, pœnæ loco, edictum prætoris iubet præstari illi, qui metum est passus. Simplum verò istud idcirco incertum est quia est id quod interest, cuius æstimatio incerta est.

Solutio contrariorum.

Nec quicquam movent Antonii Fabri argumenta: Non sane primum, quia etsi edicto prætoris pœna actionis quod metus causa sit quadruplum: Tamen istud quadruplum est simpli istius quadruplum, quod iureiurando actoris definitum est: prius enim simplum definiendum est, quam quadruplum simpli istius constituatur: At simplum hoc quoniam incertum est, nec edicto prætoris determinatum, definitur ac determinatur iureiurando actoris, ut Paulus ostendit *in d. l. 18.* Nec obstat quod dicitur quadruplari id quanti res est *d. leg. 14. paragraph. septimo ff. quod met. causa.* Id enim ex *d. leg. 18. ff. de dolo* sic omnino accipiendum est; quanti res est ex iureiurando actoris; seu quanti res est ex iureiurãdo actoris æstimata. Nec etiam impedit quod omne, quod actione quod metus causa restituitur, quadrupletur *d. l. 14. §. 1.* Atque sic etiam fructus, qui tamen, cùm petantur solùm tanquam debiti, non etiam tanquam nostri, non æstimentur per iusiurandum in li-

in litem. Resp. Nam omne quod restituitur, id quadruplatur, adeoque fructus etiam, sed exinde non sequitur quod id quod quadruplatur, pariter etiam per iusiurandum in litem æstimetur. Quadruplatur res ipsa restituenda, prius iureiurando in litem æstimata: quadruplantur fructus, sed æstimati officio iudicis. Sic igitur, quoad actionem quod metus causa, sese res habet; Is qui rem metu extortam detinet, iubetur primò illam priori suo domino restituere: Si restituit, bene sese res habet: Sin minus, permittitur actori adversus ipsum iureiurando rem suam æstimare, cuius rei sic æstimatæ quadruplum pòst præstare compellatur, qui arbitrio iudicis non paruit.

Quamvis non ignorem Hugonem Donellum *15. Comm. 38.* distinguere, ut intra annum quadrupletur simplum quanti res est, quæ restitui debet, hoc est, quanti verè est, & quanti interest actoris metum non pati: At cùm post annum ad simplum ventum est, in quo id agitur, ut quod per metum amissum est, restituatur; nisi id arbitrio iudicis restituitur, sequatur quidem condemnatio quanti ea res est; sed quanti ea est iureiurando actoris æstimata: Atque sic accipit *l. 18 ff. de dolo.*

Quæ tamen distinctio propterea non videtur admittenda, quod textus *d. l. 18.* generalis sit & indistinctè velit simplum æstimari arbitrio actoris per iusiurandum in litem: Nec etiam ullus textus extet, qui hanc Donelli distinctionem confirmet. Quibus & illud accedit, quod quæ ratio suadet rem, quę non restituitur ei cui erat metu extorta, post annũ iureiurando in litem æstimari, eadem quoque idem fieri intra annum omnino compellat.

Quod porro Antonius Faber actionem doli saltem de eo competere quanti res verè est; seu quanti revera interest actoris, id aperte à Paulo negatur: Et quod ille in *pr. d. l. 18.* dicit, si res non restituatur condemnari reum quanti res est, id, ipsomet Paulo interprete *in versic.* statim subiecto sic accipiendum est, ut supra illud intelligendum dixi, nempe quanti res est ex iureiurando in litem actoris, seu quanti res iureiurando actoris æstimata est. Postremò etsi edicto de dolo & edicto quod metus causa nil de iureiurando in litem reperiatur cautum: id tamen ex sententia edicti admittendum esse, interpres est ipse Paulus in *d. l. 18.* qui, ut inscriptio eius legis arguit, edictum de dolo & metu interpretatus est *lib. 11.* quem ad edictum perpetuum scripsit.

Non adversatur sententiæ nostræ *secundum* Antonii Fabri argumentum, quoniam in *d. l. 5. ff. de in lit. iur.* JCtus Marcianus reliquas in personam actiones similes istis, quas ibidem recensuit, minime ex-

cludere voluit: Alioquin si hoc hoc ipsi propositum fuisset, nec in actione rerum amotarum, quæ & ipsa in personam est, iuraretur in litem, contra quam dicitur in *l. 8. & 9. ff. rer. amot.* Nec etiam in Faviana & Calvisiana, quæ & ipsæ in personam sunt, *l. 1. §. hac actio. ff. si quid in fraud. patroni*: Nec tamen bonæ fidei sunt §. *28. I. de act.* in litem iurari posset, cum tamen contrarium asserat JCtus *in l. Tenetur ff. d. tit.* Quapropter à similibus etiam hic procedendum est ad similia & ubi eadem ratio est, ibi ius idem constituendum est, *l. 12. cum seq. ff. de legibus.*

Non obstat *Tertium* argumentum: Nam etsi alienatio dolo aut vi extorta dominium transferat stricto iure: Humanitate tamen & æquitate inspecta, quæ iusiurandum in litem sustinet, *l. 8. ff. hoc tit. & l. 9. ff. Rer. amot.* secus est; Maximè cum restitutionis in integrum beneficium, quod ad infirmandam alienationem istam competit, semper in parato habeat læsus, & ideo rationem iurisiurandi in litem in hisce actionibus deficere, dicendum non est. Atque hanc solutionem meam egregiè confirmat exemplum actionis Favianæ & Calvisianæ, quas & ipsas actiones competere de rebus alienatis in fraudem creditorum, aut patronorum, quas res alienatio in accipientes transtulerit, expeditum est. Et tamen in illis actionibus, non obstante alienatione ista, in litem iurari liquido constat ex *l. Tenetur ff. de his quæ in fraud. patroni.*

Atque ita quoque *quarto & postremo* argumento satisfieri puto.

QUÆSTIO XIV.

An etiam in strictis judiciis in litem juretur?

DE strictis iudiciis ecquid dicendum? An & in illis in litem de affectione iurabitur? Negat hoc communis interpretum nostrorum Schola, cumprimis *l. 5. in fine & l. seq ff. de in lit. iur.* mota. Veruntamen ab ea recte divortium facit Duarenus.

Quæ enim ratio in bonæ fidei iudiciis locum facit iuriiurando in litem, eandem plane in strictis iudiciis obtinere manifeste deprehenditur, in illis, inquam strictis iudiciis, quibus de re sua restituenda Dominus agit: Cuiusmodi est condictio furtiva; Item actio rerum amotarum: Nam contumaciam detentoris domino nocere, ipsumque adigere ad rem suo precio vendendam, non modo durum & iniquum, sed rationi etiam iuris manifestæ contrarium est: At verò hanc esse rationem & hoc fundamentum iurisiurandi in litem, sæpe demonstratum est. Nec est quod quis hoc loco excipiat; Rationem istam ex æquitate desumptam locum sibi in stricti iuris iudiciis non vindicare: Nam æquitatem in omnibus iudiciis domi-

nari,

nari, perſpicue probant *l. 8. C. de iudic. l. 4. C. de obl. & act.* Et annon actio rerum amotarum ſtricti eſt iuris? Et tamen ex eadem æquitatis ratione in illa iurari in litem, ius noſtrum permittit, *l. 8. & l. 9. ff. Rer. amot.* Et quid de actionibus Faviana & Calviſiana dicemus, quas bonæ fidei fortaſſis nemo hominum dixerit, & nihilo tamen minus in illis in litem iurari aſſerit ſæpe citata *lex Tenetur ff. quæ in fraud. patroni.*

Accedit quod Ulpianus in *l. 68. ff. de R. Vindic.* cum dixiſſet, in rei vindicatione in litem iurari & reum tanti actori condemnandum eſſe, quanti is iurarit in infinitum, ſubiiciat pòſt in fine illius *l. 68.* Hanc ſententiam generalem eſſe, & ad omnia, ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam ſint, ex quibus arbitrio iudicis quid reſtituitur pertinere.

Huic verò ſententiæ non refragatur quod Marcianus in *d. l. 5. ff. de in lit. iurand.* unico illo caſu, quo poſt moram commiſſam res amplius non extat, ut à Judice æſtimari poſſit, iusiurandum ſtrictis in iudiciis admittat, & quidem iusiurandum duntaxat veritatis: Nam ſequens *l. 6.* mentem Marciani declarare videtur, quod nempe de illis ſolùm ſtrictis iudiciis loquatur, quæ non ſint de re domino reſtituenda, ſed ſolum de re præſtanda; quales ſunt actiones ex ſtipulatu & teſtamento, in quibus in litem iusiurandum non admitti ipſimet ultrò fatemur.

Nec obſtat quod in eadem *l. 5. pr.* Marcianus definiturus, in quibus iudiciis locum habeat iusiurandum in litem, nullam omnino mentionem faciat iudiciorum ſtricti iuris: Reſp. Non enim unius incluſio eſt excluſio alterius, maximè ubi id ratio excludi non permittit.

QUÆSTIO XV.

An in condictione furtiva in litem iuretur?

SEd de condictione furtiva communis eſt pragmaticorum opinio in ea quoque in litem iurari propter *l. Cum furti 9. ff. de in lit. iurand.* in qua Javolenus: *Cum furti agitur, iurare ita oportet tanti rem fuiſſe cum furtum factum ſit non adiici eò pluris ve, quia quod res pluris eſt, utiq; tanti eſt.* Hanc ſententiam etſi improbet Antonius Faber *17. Error. pragm. 5.* proculdubio tamen veriſſima eſt; Non quidem propter *d. l. 9.* qua in confirmationem ſententiæ huius abutuntur pragmatici, ut quæ non de affectionis, ſed de veritatis iureiurando (quo ſolo æſtimatur res quanti eſt) loquatur, Sed ideo potius, quod, definiente Ulpiano, in *leg. 68. ff. de R. Vindicat.* In omnibus actionibus in perſonam, quibus agitur de re domino reſtituenda, in litem iurari poſſit. Jam verò condictionem furtivam eſſe actionem in per-

in personam, qua agitur ad rem domino suo restituendam, expeditum est.

2. Accedit huic quod, ob quam rationem aliis in actionibus in litem iuratur, eadem in condictione quoque furtiva obtineat: Nam idcirco diximus permitti domino per iusiurandum in litem ex affectione rem suam æstimare quia non sit æquum cogi dominum rem suam suo & vero precio contumaci detentori vendere, *l.8.ff. de in lit.iur.l.9.ff. Rer.amot.* Atqui si in condictione furtiva non permitteretur in litem iurare, cogeretur dominus furi rem suam vero precio vendere, adeoque factum furis prodesset furi, & domino obesset contra *l. 155. de R. iur.*

3. Præterea perquam foret absurdum, furem melioris esse conditionis, quàm cæteros detentores & contumaciam potius furis, quàm aliorum facere, ut dominus aut re sua carere, aut precio vero eam vendere cogatur.

4. Quia, quoad rei æstimationem, quæ ratio est actionis rerum amotarum, eadem quoque est condictionis furtivæ & vice versa *l. 29. ff. Rerum amot.* Atqui in actione rerum amotarum rem æstimari iureiurando in litem, constat ex *d.l.9. ff. eod.tit.* Quare idem quoque de condictione furtiva admittendum erit.

Nec movet quod obiicit Antonius Faber, condictionem furtivam esse stricti iuris; & ideo in eo, nisi unico isto casu, quo res non extat, nec sine iureiurando æstimari potest, iurari in ea non permittatur. Resp. Jam enim probatum est in actionibus quoque stricti iuris in litem iurari; Et sane si Antonius Faber concedit in actione furti in litem iurari posse, quam tamen esse stricti iuris indubitatum est, miror ipsum hanc ob causam in condictione furtiva negare in litem iurari posse, quia sit stricti iuris.

Multò minus verò obstat, quod cum in condictione furtiva res æstimetur quanti plurimi unquam fuit *l.8. §.1. ff. de condict. furtiv.* fieri non possit ut iureiurando actoris æstimetur; Non solùm quia inauditum sit iurari in litem quanti plurimi res sit, sed etiam quia hæc prorsus pugnantia sint, in condictione furtiva iurari in litem & fieri condemnationem quanti res fuerit plurimi:

Resp. Nullibi quippe dicitur, quod iureiurando in litem res furtiva æstimetur quanti plurimi; æstimatio enim quanti plurimi res unquam fuerit, cuius meminit *l.8.ff.de condict. furtiva* non fit per iusiurandum in litem, sed officio Judicis.

QVÆSTIO XVI.

De quibus rebus in litem iuretur?

JUratur in litem de illis solum rebus, quarum æstimatio incerta est & in quas domini petitoris probabilis aliqua cadit affectio quæq;

certâ

certâ specie constant, nec ex quantitate æstimantur. Quandoquidem in his solis locum habet finis iurisiurandi in litem, ne scilicet dominus cogatur rem suam suo precio vendere; sed ex affectione & arbitrio, rei suæ precium statuere possit *l. 8. de in lit. iur. & l. 9. ff. Rer. amot.* Hinc de nummis depositis in litem non iurari, author est Ulpianus *in l. 3. ff. de in lit. iur.* ex ea ratione quod nummorum certa sit æstimatio &, ut Paulus dicit in *l. 1. ff. de contrah. empt. perpetua.*

Quod utrum etiam de cæteris rebus in quantitate consistentibus, ut in vino, oleo & frumento obtineat, ambigunt Interpp. iuris: Affirmat quidem Zasius *in l. 3. num. 9. de in lit. iur.* Verior tamen est Donelli opinio, qui de his non magis, quam de nummis in litem iurari contendit. Etsi enim fortassis harum rerum æstimatio non perinde certa est atque nummorum, sed singulis ferè temporibus & locis mire variantur, eius tamen sunt naturæ & qualitatis, ut in illas nulla cadat affectio singularis. Quid enim obsecro tuum interest utrum vinum tuum, apud alium depositum, in specie recipias, an aliud, eiusdem tamen qualitatis & quantitatis? Certe nihil. Sed num in vinum certam poteris habere affectionem, iuxta quam illud iureiurando æstimes? Nullo modo. Sed & rerum illarum certa est æstimatio, non quidem omnium, sed singulorum temporum; ut proinde eadem plane ratio de his, quæ de illis in litem iurare prohibeat.

QUÆSTIO XVII.

Quinam sit effectus iurisiurandi in litem affectionis?

Effectus huius iurisiurandi in litem affectionis hic est, quod per illud possit dominus rem suam etiam ultra verum eius precium ex affectione sua, quam in rem illam habet, in infinitum, nullâ taxatione à iudice præfinita: Aut eâ præfinita ad modum statum æstimare *l. 1. l. 2. l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot. l. 25. ff. solut. matrim.* Sic ut etiam iudex eâ æstimatione stare & reum actori in id, quantum in litem iuratum est, condemnare cogatur *l. 18. ff. de dolo l. 25. §. 1. ff. solut. matrim. l. 8. §. 1. ff. rer. amot. l. 68. ff. de R. Vind. l. 16. §. 3. ff. de pignor. l. 8. ff. h. tit.* Præterquam si magna causa diversum suadeat iubeatque reum vel absolvere in totum, vel minoris condemnare *l. 4. §. 3. ff. de in lit. iur.* Magna illa causa est, si doceatur instrumentis aliisque probationibus & documentis pôst repertis, vel possessorem non desiisse dolo malo possidere, iustamque habuisse possidendi causam; adeoque revera contumacem non fuisse: Aut verò petitorem non fuisse dominum.

Hæc causa, si incidat, poterit iu-

dex reum, adversus quem iuratum est, vel in totum absolvere, vel minoris condemnare: In totum, si rei totius dominum non fuisse petitorem, vel totam rem non desiisse possidere reum, vel non contumaciter retinuisse rem illam sed iustam retinendæ eius causam habuisse constet. Quoad partem vero absolvendus erit reus si eadem in parte rei petitæ occurrunt. Sed quid si horum nihil probationibus post repertis doceatur; annon etiam tum, quando iuravit in litem dominus, & recte quidem, iuravit adversus eum, qui verè contumax fuit, licebit iudici recedere ab æstimatione iurisiurandi actoris, si appareat ipsum in immensum iurasse remque etiam ultra eam, quam habere potuit affectionem æstimasse, adeoque peierasse? Equidem strenue id, negat Anton. Fab. *in Error. pragm. 18. Err. 9.* eandemque opinionem fovet Donellus in *l. fin. ff. de in lit. Iur.*

Nobis tamen affirmativa magis arridet opinio, quod enim affectioni domini tantum indulgeri non debeat, ut is rem suam ex affectione in immensum æstimet, satis relucet ex *l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* ubi Ulpianus propterea iuriiurando ab initio taxationem adicere iubet, ne in immensum iuretur; nolunt igitur leges in imensum iurari, per magnam causam, ob quam Marcianus ait reum minoris quam iuratum est, condemnari posse, non solum illam intelligo, quam supra ex Donello adduxi, cum scilicet pòst repertis probationibus, aut dominum non fuisse petitorem, aut possessorem non extitisse contumacem, nec dolo malo possidere desiisse, verum etiam hanc magnam esse causam à iureiurando isto discedendi iudico, cum apparet in immensum iuratum ac peieratum esse.

Cui sententiæ nostræ contrarium non est quod in *l. 68. ff. de R. Vindicat.* eum, qui dolo malo possidere desiit, damnandum esse, quantum adversarius in litẽ iuraverit in infinitum.

Respons. Nam diversa hæc sunt iurare in infinitum & iurare in immensum: Illud concessum est: hoc vero prohibitum *d. l. 4. §. 2.* Infinitum est, quod definitum & determinatum non est *arg. l. 9. ff. de servit.* Duarenus *in d. §. 2.* Anton. Fab. *d. Error. 9.* Quapropter condemnandus est reus quanti actor iuraverit in infinitum, non etiam quanti iuraverit in immensum.

Nec refragantur illa loca, in quibus dicitur tanti esse damnandum reum quanti actor iuraverit, nec ulla certa quantitas adiicitur *l. 18. ff. de dolo malo l. 8. ff. de in lit. iur. l. 25. §. 1. ff. solut. matrim. l. 8. §. 1. ff. rer. amot. l. 16. §. 3. ff. de pignor.*

Respons. Nam omnia illa loca revocari debent ad *l. 5. §. 2. ff. de in lit.* & exinde cum hac exceptione

ptione accipi, *nisi magna causa suadeat minoris condemnari reum, quam iuratum est:* Magnam autem causam diximus etiam illam esse, si in immensum iuratum fuerit. Quin etiam probabiliter dici potest, iudicem quidem debere condemnare reum quanti in litem iuratum est; nisi iusiurandum actoris taxatione refrenandum existimaret, tanquam immodicum & nimis iniquum: Hoc enim officio iudicis contineri ait Paulus in *l. 18. ff. de dolo.* quæ lex etiam sententiam illam; quod tanti sit damnandus reus, quanti actor iuraverit, cum hac moderatione accipiendam aperte ostendit. Nec de alia taxatione accipienda est, quam de illa, quæ de iureiurando iam præstito adhibeatur, uti ex eo relucet, quod regula precedens de damnando reo, quanti iuratum est, loquatur expresse de iureiurando iam præstito: Cui consequens, limitationem subiectam de taxatione adhibenda, de iureiurando non præstando, sed præstito accipiendam esse.

Non obstat præterea *Novell. 82. c. 10.* ubi ita cautum est, si iudex victori iusiurandum de expensis deferat, ad quantitatem quæ illi moderata esse videbitur, ac victor iuret, ne iudici liceat in minorem, summam, quam iuratum est, condemnare.

Respondeo præterquam enim quod hæc Justiniani constitutio loquatur non de iuramento affectionis, sed de iureiurando veritatis, accipienda omnino est, si de iuramendo affectionis agit, cum exceptione & limitatione *d. l. 4. §. 3. & l. 18. ff. de dolo* quod nempe non liceat minoris condemnare reum, quam iuratum est, nisi magna causa suadeat. Hoc enim usitatum est in iure nostro, ut leges etiã posteriores trahantur ad priores atque ex illis interpretationem recipiant: Nisi aperte contrariæ sint *l. 28 ff. de ll.*

Similiter non infringit opinionem nostram quod iusiurandum ne quidem sub periurii prætextu retractari debeat *l. Admonendi ff. de iureiur. l. 1. C. de Reb. credit.* Nec de periurio eius, qui in litem iuraverit, quæri debeat *l. fin. ff. de in lit. iur.*

Respons. Etenim de conventionali iureiurando accipiendum est quod in citatis textibus dicitur, iusiurandum ob periurium non posse retractari: Conventio enim partium facit, ut hoc iureiurando præcise stari debeat *l. sed si servus l. qui iurasse §. fin. ff. de iureiur.* At vero iusiurandum in litem non ex conventione partium, sed à iudice deferri solet *leg. quarta, paragraph. primo ff. iureiurand.* Lex autem *final. ff. de in lit. iurand.* hûc non pertinet: Loquitur enim de iureiurando veritatis,

quod ex iuris necessitate defertur, ut postea ostendemus: Nec etiam asserit *l. illa final.* quod de periurio in litem iuratis nunquam quæratur; sed quod non facile, nec levi de causa. Igitur magnam & gravem ob causam de periurio actoris quæri non prohibet.

Insuper non convellit nostram sententiam, quod is, qui ex affectione iurat, non iuret de precio, sed de affectu suo & arbitrio *l. 8. ff. de in lit. iur.*

Resp: Ex eo enim hautquaquam inferri potest, quod ideo in immensum iurare possit, & affectionem etiam probabilem æstimatione iurisiurandi excedere valeat. Nam licet quidem actori iurare de affectu suo & arbitrio; sed tamen de affectu & arbitrio vero ac probabili; alioquin certe si secus iuret, merito iuramentum taxationi & moderamini iudicis subiacet, cum leges in immensum iurari velint *d. l. 4. §. 2. ff. hoc tit.*

Adhæc nec illud nobis magnopere adversatur, quod actori fieret manifeste iniuria qui per dolum possessoris re sua invitus carere cogeretur, si rem suam pro arbitrio suo æstimare prohiberetur, aut dolo adversarii cogeretur rem suam vendere eo precio, quod à iudice constitutum fuerit: Resp: Nam quæ potest esse iniuria aut iniquitas in eo, quod iudex æstimationem nimis iniquam, immensam, falsam & absurdam moderatur eamque præstare iubet, quæ quidem veri precii quantitatem excedat iniuriamque à possessore contumaci acceptam abunde recompenset actori non tamen immensa sit? Et certe, si illam, quam iudex taxavit, consequitur æstimationem reus, non cogitur rem suam suo precio vendere adeoque nihil omnino fit contra æquitatem, quæ in litem iuramentum sustinet. Equidem permittitur ei arbitrio suo precium statuere in *l. 8. ff. de in lit. iur.* Verum intelligitur ibi arbitrium moderatum, non immensum arbitrium *d. l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.*

Denique non adversatur quod si taxationem ab initio non adiecerit iudex, si postea in immensum iuraverit actor, id iudici potius imputari debeat, quod ab initio modum iuriiurando non statuerit: primo enim, cum in iudicis arbitrio sit taxationē adiicere, nulla ipsi culpa poterit imputari, si eam non adiecerit. Deinde si iudex nihil tale fuerit de actore suspicatus quod in immensum fuerit iuraturus, eò quod arbitratus fuerit affectionem eius esse moderatam, quid obsecro ipsi imputari potest quod summam non definierit, ad quam usque actor iuraret? Et ut iudex in eo peccarit, quod à principio taxationem omiserit, id tamen reo nocere non debet, ut is in immensum teneatur. Et tantum

de iu-

de iureiurando in litem affectionis; Restat ut de altero iureiurando in litem, quod vulgo veritatis, Anton. Faber, necessitatis, appellant, videamus.

QUÆSTIO XVIII.

Quinam deferat iusiurandum in litem veritatis?

IUsiurandum in litem veritatis itidem, ut iuramentum affectionis defert Judex, & quidem is solus, non etiam actor: Sic enim eadere scribit Marcianus in *l. 5. §. fin. ff. hoc tit. Plane interdum in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit & Stichus decesserit, quia iudex æstimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quæ non extat*; Quæ verba satis manifeste indicant per iusiurandum Judicem æstimare rem quæ non extat; Id autem aliâ ratione fieri non potest, quàm si is actori iuramentum deferat. Et certe nuspiam proditum est in toto iure nostro veritatis iuramentum alium deferre, quàm iudicem, nec ulla etiam ratio id suadet. Quod enim Hugo Donellus in *l. 4. §. deferre ff. de in lit. iur.* ideo putat iusiurandum hoc veritatis à reo deferendum esse, quod in eo res Judicis non agatur, ut in iureiurando affectionis quod ad contumaciam adversus Judicem commissam puniendam sit comparatum; Id sane non per omnia admittendum videtur, tum quod contumacia ista, quæ per iusiurandum affectionis coerceri dicitur in *l. 2. ff. de in lit. iur.* non tam spectet ad iniuriam Judicis, quam actoris, cui possessor contumax rem restituere recusat: Tum etiam quod in iureiurando veritatis vertatur interesse iudicis, ut cuius omnino interest, aliquid certi habere quod sequatur in condemnando reo. Cæterum iudex hoc iusiurandum deferre etiam invitus cogitur, quandoquidem alias rem, quæ non extat, cuiusque æstimatio actori præstanda est, sine delatione iurisiurandi æstimare non potest. *d. l. 5. §. fin.* Ex quo differentia huius & affectionis iurisiurandi manifesta relucet, quoniam hoc deferre nec ne in mero sit arbitrio iudicis, *l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* Cum etiam aliâ ratione, quàm eius iuramenti delatione actori consuli queat, ut supra dictum fuit.

QUÆSTIO XIX.

Cuinam deferatur iusiurandum veritatis?

DEfertur autem hoc iusiurandum veritatis actori, & quidem volenti, cum & hoc, ut illud affectionis ad favorem & commodum eius solius pertineat, cui renunciare liberè & impunè potest. Defertur autem actori, etiamsi rei petitæ non sit dominus, quia & stipulatori de re promissa æstimanda defertur, *d. l. 5. paragraph. 1. & leg. 6. ff. de in lit. iurand.* qui ante traditio-

ditionem rei promissæ dominus non est.

Defertur adversus reum non solum illum, qui rem alienam detinuit, sed etiam adversus rei promissæ debitorem, *d. l. 5. §. fin.* quæ tamen amplius non extat, ut præstari possit, sed extare desiit, sive dolo, sive culpâ & mora debitoris, *d. §. fin.* Si enim nihil ex his neque dolus, neque mora, aut culpa debitoris intervenerit, liberatur debitor *l. si ex legati ff. de V. obligat. l. quod te ff. de R. credit.* Et quidem ita, ut ne quidem ad æstimationem rei teneatur, *l. in ratione §. incerta ff. ad L. Falcid.* De mora quidem & culpa sola Marcianus respondit *in l. 5. §. fin.* Sed idem quoque, & quidem multo magis, de dolo extra dubium intellectum voluit. Nec refragatur Marciano Ulpianus in *l. 4. §. 4. ff. eod. tit.* ubi negat ex culpa iusiurandum deferendum esse, sed à Judice æstimationem fieri oportere. Nec sibi contrarius est ipse Ulpianus in *ead. l. 5. §. 3.* in qua culpâ à Judice æstimari ait. Loquitur quippe Marcianus de affectionis iureiurando, quod ob solum dolum & latam culpam, quæ doli appellatione continetur, deferendum existimat ex ratione, quam supra suo loco reddidimus. Quod autem uterque JCtus culpam officio iudicis æstimandam ait, id ita verum est, si æstimatio referenda sit ad tempus præteritum, quo res adhuc extitit, quæ iam periit: Sin verò ad tempus præsens, quo res non amplius extat, æstimationem referri oporteat, non à Judice, sed ab actore per iusiurandum in litem ea fieri debeat. Et ratio huius hæc est, quod facile Judici constare possit, quanta fuerit æstimatio rei nunc peremptæ, illo tempore, quo adhuc extitit: At quanta sit tempore præsenti, quo agitur, neque bonus vir ullus, nec Judex, qui boni viri officio fungitur, æstimare potest. Meritò itaque tempore præterito, quo res extitit inspecto, æstimatio a Judice facienda est: At tempore præsenti, quo res non amplius extat inspecto, fieri necessariò debet per jusjurandum in litem actoris.

QVÆSTIO XX.

In quibus judiciis locus sit jurijurando veritatis?

DEfertur hoc jusjurandum primò in strictis judiciis, de quibus hoc nominatim atque in specie asseruit Marcianus in *l. 5. §. fin. ff. de in lit. iur.* & Paulus in *l. seq. 6.* An idem in bonæ fidei judiciis obtineat, quæritur? Affirmat Anton. Fab. *17. Error. pragm. ult.* Donellus *in l. 5. n. 14. & sequent. ff. de in lit. iur.* 1. Quia non minus in bonæ fidei, quàm in stricti juris judiciis mora à debitore contracta efficit, ne naturali interitu speciei tollatur obligatio, sed ut ea perpetuetur ac perinde habeatur ac si res, quæ interiit, adhuc extaret; Hoc

ſiquidem ex equitate, quæ in bonæ fidei judiciis maxime ſpectatur, *l. 5. C. de reſcind. vend.* deſcendit, ne mora alii, quàm ipſi moratori noceat; Cui conſequens eſt ut poſt moram debitoris in bonæ fidei judiciis, & quidem præſens æſtimatio; quoniam ſi revera extaret Stichus, qui fictione juris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet, qualis quantaque eſſet, cùm peteretur *l. 2. ff. de uſur.* æſtimatio illa non à Judice, qui rem quæ non extat, ex tempore ſcilicet præſenti æſtimare nequit; ſed per jusjurandum in litem actoris fiat.

2. Quia non debet eſſe meliori conditione, qui poſt moram & propter moram convenitur ex judicio bonæ fidei, re perempta, quàm qui ex ſtricto judicio convenitur.

3. Quia in *l. 3. ff. de in lit. iurand.* juratur in litem in actione depoſiti, quæ bonæ fidei eſt de intereſſe quod juramentum non poteſt dici affectionis, ſed veritatis, *leg. 2. ff. de in lit. iurand. l. ſexageſima quarta ff. de iudic.*

Non obſtat quod in *l. 5. §. finali* jusjurandum iſtud veritatis nominatim atque in ſpecie ad ſtricti juris judicia referatur. Id enim idcirco factum eſſe probabiliter dici poteſt, quia de his magis, quàm de bonæ fidei judiciis dubitari poterat, an in illis huic juriiurando locus eſſet; Non vero quia propoſitum fuerit JCto excludere bonæ fidei judicia.

QVÆSTIO XXI.

De quibus rebus ſit iusiurandum veritatis?

DEfertur veritatis jusjurandum de rebus quarum incerta eſt æſtimatio: quippe hoc jusiurandum ob id defertur, quò de vera æſtimatione rei conſtet, quæ alias ignoratur, nec alia ratione ſciri poteſt, *l. 5. §. fin. ff. hoc tit.* Ac proinde in illis rebus, quarum certa eſt æſtimatio, hoc iuramentum ſibi locum non vindicat; quoniam in iis manifeſtè deficit iurisiurandi huius finis. Hinc de nummis depoſitis in litem non iurari Ulpianus reſpondit in *l. 3. ff. hoc tit.* ex ea ratione, quod nummorum certa ſit perpetuaque æſtimatio, *d. l. 3. & l. 1. ff. de contrah. empt.* Quod de nummis dictum, ad reliquas res, in quantitate, hoc eſt, pondere numero & menſura conſiſtentes porrigendum videtur: Tum quod & illarum æſtimatio, licet temporibus & locis varietur, tamen quæ quantaque ſit ſingulis temporibus exactè ſciri poteſt: Tum etiam quod hæ res univerſæ perire nequeant, *l. Incendium C. ſi cert. petit.* veritatis autem iuramentum de rebus, quæ amplius non extant, ſed perierunt, deferri Author eſt Marcianus in *d. l. 5. in fine.* Quod ſi tamen nummis depoſitis convenerit,

ut certo die redderentur, nec redditi fuerint, ait Ulpianus in litem iusiurandum admitti, quo iuretur de eo, quod actoris revera interest, nummos sua die redditos esse: in quo & illud computandum existimat, si quid forsan damni, occasione nummorum ad præstitutum diem non soluturum passus est creditor, ut si forsan sub pœna pecuniam debuit, quam pœnam, quia solvere debitum suis creditoribus non potuit, dum nummos depositos non accepit, exsoluere coactus fuit: Aut si pignora, quæ dederat suis creditoribus, distracta sunt. Hic igitur iurabit actor se tantum pœnæ loco soluisse, si modo de eo aliunde constare non possit: Aut tanti fuisse pignus amissum. Hæc autem iureiurando ex veritate, non ex affectione æstimabit actor.

1. Quia iuramentum affectionis non præstatur, nisi adversus illum, qui rem, de cuius æstimatione agitur, possidet, nec ex contumacia restituit, aut vero dolo malo rem possidere desiit: At vero is, adversus quem hic de pœna & pignore iuratur in litem, nec id, quod pœnæ loco solutum est, nec pignus possedit in eoque non restituendo contumax extitit, 2. Quia in *l. 3.* Ulpianus expresse loquitur de iureiurando quo iuratur quanti intersit actoris iurantis. At vero id quod interest ab æstimatione, quæ fit per iusiurandum affectionis, nusquam non distinguitur, *d. leg. 64. ff. de iud. l. 2 ff hoc tit. & passim.*

Quæ sententia etsi verissima sit & fundamentis iuris nostri quam optime conveniat; eam tamen impugnare non dubitavit Antonius Faber *17. Error. pragmat. 9.* Ex eo fundamento quod cum iuramentum istud, de quo in *d. l. 3.* Ulpianus, seu, ut ipse existimat, Tribonianus loquitur, sit necessitatis, adeoque non prius interponi soleat, quam cum id necessitas postulat, ideo nulla ratione possit de pœna exsoluta deque pignore distracto præstari, cum perfacile possit aliunde sciri, quanta fuerit pœna, quæ creditoribus fuit exsoluta, quantique pignus à creditoribus distractum: Maximè cum æstimatio interesse non referatur ad præsens, sed ad præteritum tempus, atque ex sententia Triboniani iuretur, non quanti interest nunc, cum agitur, sed quanti interfuit tunc, cum nummi depositi restituendi fuissent. Hoc autem tempore inspecto, quo adhuc extitit res, perfacile sciri possit quanti valuerit pignus ut ita hoc iureiurando in litem nil penitus opus videatur.

Cæterum quia hæc opinio Fabri textui iuris aperto expresse refragatur & ad eum evertendum ac convellendum tota comparata est; optimo iure reiicitur. Maximè cum fundamentum eius admodum

dum sit lubricum: Quin enim casus existere possint, quibus probari nequeat dubitari nullo modo potest. Quid enim si debitor sine testibus & instrumentis pœnam promiserit promissamq; etiã soluerit? Hîc certe, se decem, vel 20. pœnæ loco solvisse, omnibus deficientibus legitimis probationibus, demonstrare non potest.

Et quid si vel non adsit creditor, cui illa pœna fuit exsoluta, aut etiã mortuus sit, ut non ex illò de quantitate pœnæ constare possit, idem de pignore dici potest: Et fieri etiam potest ut pignus interierit, sic, ut æstimatio illius fieri sine iuramento nequeat, nec verò concedendum est Fabro, quod tanquam fundamentum præsupponit, videlicet rei peremptæ æstimationem perfacile fieri posse â iudice, factâ relatione ad tempus illud, quo adhuc res extitit. Quid enim si iudex rem nunc peremptam antea nunquam viderit, quid si nec alii sint, quibus rei qualitas fuerit exactè cognita, sic, ut soli domino de precio rei, quo valuit, cum adhuc superesset, constet, ut sanè perfacile fieri potuit. Hoc casu cum alius nemo, nisi dominus rei suæ æstimationem sciat, illi, & non alii, ea commitenda videtur.

Sed nec illud magnopere adversatur dictæ *leg. 3.* quod Faber ait nummis depositis inepte eam adhiberi conventionem ut certo die redderentur, cum depositarius, in quẽ nec dominium, nec possessio nummorum transfertur, quovis tempore teneatur domino deponenti nummos depositos restituere.

Resp. Nam cuivis contractui, adeoq; etiam deposito, adiici posse diem & conditionem, explorati est iuris: Et certe nec frustra, nec supervacuè dies apponitur nummis depositis, cum ita depositi sint, ut non iidem sed eiusdem qualitatis & quantitatis alii restituantur: Quæ conventio, etsi notissimos terminos depositi excedat; non tamen facit ut crediti sint & non depositi nummi, ut suo loco prolixius differemus.

QUÆSTIO XXII.

Quinam sit effectus iurisurandi necessarii seu veritatis?

Effectus iurisiurandi in litem veritatis hic est, ut iudex cogatur tanti demnare reum, quanti actor per hoc iusiurandum rem suam aut sibi debitam æstimarit; adeoque iuriiurando actoris stare omnino compellatur, nec possit facile de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quærere *l. fin. ff. hoc tit.* Non facile ait Paulus, quo ipso significat interdum tamen ex magna & gravi causa posse de periuriò quæri. Magna autem causa & satis iusta est de periurio quærendi; si post iuramentum præstitum nova sint reperta instru-

menta quibus rei precium designatum erat; ex quibus constet veram æstimationem rei petitæ iureiurando excessisse actorem: Tunc enim meritò iuriiurando non statur; sed quod amplius solutum est repetitur actione doli, *l. servus §. ult. & arg. l. quod si deferente ff. de dolo.* Non etiam condictione indebiti, quæ de eo quod ex causa iudicali solutum est, nō competit *l. 1. C. condict. indeb.* Donell. *in l. ff. fin. hoc tit.* Idem dicendum existimat Zasius, cum ex inspectione oculari deprehenditur rem ultra verum eius precium æstimatam esse per *d. l. final. hic.*

SOLI DEO GLORIA.



Pag. 1. Colum. 2. lin. 12. qui in arca p. 3. c. 2. l. 20. conentur p. 15. c. 2. l. 36. nec eius p. 14. c. 2. l. ante p. obstrictamq; p. 25. c. 1. l. 12. qui non c. 2. l. 35. eius. p. 27. c. 2. l. 11. Vlpianus & l. 13. interpretandus p. 29. c. 2. l. ult. ab inclusione p. 45. c. 1. l. 22. frustratore l. 27. accommodatam p. 64. c. 1. l. 18. in judicium est deducta.





